UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2018 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXVI

Анали Правног факултета у Београду

Година LXVI, бр. 2/2018, стр. 1–304

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

ПРИКАЗИ

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXVI, No. 2, 2018, pp. 1–304

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

УДК 347.72; 341.631/.632

CERIF: S144

Др Мирко Васиљевић*

АРБИТРАЖНИ УГОВОР И ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИ СПОРОВИ

Афирмација арбитражног решавања привредних спорова у области уговорног права, и на националним нивоима (као несумњив тренд, иако различитог степена) и на међународном нивоу, отворила је питање могућности таквог начина решавања и интеркомпанијскоправних спорова, како би се слобода воље инвеститора проширила из домена оснивања трговачких друштава и у домен слободе избора форума решавања могућих спорова из бројних правних односа те природе. Ипак, за разлику од уговора у којима слобода воље има примат у односу на њена ограничења (однос правила и изузетка), сфера интеркомпанијскоправних односа, иако у основи уговорна по настанку, у свом функционисању има наглашену потребу да реши сукоб уговорног и компанијског права, како би арбитрабилност тих спорова била реално могућа, а, с друге стране, сфера компанијског права увек је више од уговорног права у фокусу пажње националних јавних поредака, као универзалне установе (независно од свог обухвата) која представља брану арбитрабилности тих спорова.

У овом чланку аутор најпре анализира правну природу конститутивних аката привредних друштава (оснивачког акта и статута акционарског друштва) у контексту арбитражног уговора, на коме се једино може засновати арбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова, и закључује да њихова уговорна природа представља озбиљну сметњу за мандаторне арбитраже тих спорова (ако би ови акти с овом клаузулом били усвојени већином гласова), с тим што би теорија уговора по приступу могла да буде излаз за подстицај арбитрабилности, али само у затвореним формама друштава, док у јавном акционарском друштву то не би било могуће, посебно у случају непрофесионалних акционара, због потребе њихове додатне заштите установама потрошачког права. Аутор, затим, анализира и сам појам интеркомпанијскоправних спорова и системе могуће објективне арбитрабилности (ratione materiae) тих спорова, констатујући да српско арбитражно право и компанијско право, посебно у могућој рестриктивној концепцији „искључиве надлежности привред-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, *vaske@ius.bg.ac.rs*.

них судова“ за те спорове, у најмању руку има озбиљне разлоге за промене у прилог снажења њихове арбитрабилности, уз одређена потребна појединачна искључења, где доминира интерес јавног поретка. Најзад, аутор анализира и неке аспекте мултистраначке природе интеркомпанијскоправних спорова, посебно у вези са јавним акционарским друштвима, као могуће процедуралне сметње за њихово арбитражно решавање, чак и у условима њихове евентуалне неспорне објективне арбитрабилности.

Кључне речи: *Арбитражни уговор. – Уговор о оснивању привредног друштва. – Статут акционарског друштва. – Арбитрабилност. – Интеркомпанијскоправни арбитражни спорови. – Мултистраначке арбитраже. – „Принудне“ арбитраже.*

1. ПОЈАМ АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА

Кичма арбитражног права је свакако воља странака изражена у арбитражном уговору (компромис или компромисорна клаузула у предметном правном послу – *Agreement to Arbitrate*)[1] о поверавању решавања спора из међусобног уговорног односа арбитражи[2], ако је он арбитрабилан (подобан за решавање путем арбитраже). Како је реч о класичном уговору облигационог права, с обзиром на његово релативно дејство (*inter partes*), уговарање такве клаузуле произилази из слободе уговарања (аутономија воље), чије границе на уопштен начин утврђује закон (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји).[3]

[1] Вид. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial interrnational*, Paris 1996, 213–328, 373–461; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 197–407, 563–1232; Masaaki Kondo *et al*., *Arbitration Law of Japan*, Tokyo 2004, 43–52; Alan Redffern, Martin Hunter, *International Commercial Arbitration*, London 1992, 137; Tibor Varady *et al*., *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999, 220–266; Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987, 92–108; Toni Deskoski, *International Arbitration Law*, Skopje 2016, 161–177; Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд 2000, 231–323; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд 2013, 73–142; Гашо Кнежевић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 1999, 32–50; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, 45–68; Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 1998, 41–219; Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003, 193–298.

[2] „Арбитражни споразум је угаони камен (камен темељац) арбитражног процеса“, који одриче судску надлежност и поверава потенцијални арбитрабилни спор уговореној арбитражи. Арбитражни уговор (клаузула) има самосталну правну судбину (начело аутономије) независно од правне судбине уговора чији је евентуално саставни део. Вид. T. Varady *et al*., 83–84, 124–130.

[3] Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 10.

Арбитражни уговор (*компромис* – ако је спор већ настао или *компромисорна клаузула* у основном правном послу за евентуални будући спор из тог посла) настаје по свим правилима уговорног права[4], с тим што, осим позитивног дејства (уговарање арбитражног форума), има и негативно дејство (искључење надлежности иначе надлежног државног суда)[5], односно осим материјалноправног дејства уговора (правна природа уговора – способност уговарања, овлашћење за уговарање, сагласност воља, предмет уговора и арбитрабилност – субјективна и објективна, писмена форма уговора – флексибилно схваћена, могућност прећутног закључења и закључења на основу пословних обичаја или општих услова пословања или на основу понашања странака – уговор по приступу[6], дејства уговора, промена субјеката уговорног односа, престанак уговора), има и процесноправно дејство (јурисдикциона теорија процесне природе). Арбитражни уговор има аутономни правни статус (одвојивост од основног уговора у коме је садржан, независност у односу на основни уговор – постојање, пуноважност и правна дејства).[7] У сваком случају арбитражни уговор обавезује само уговорне стране које су га закључиле или му приступиле (не, дакле, и трећа лица, осим кад се у смислу правила субјективне арбитрабилности – *arbitrability ratione personae*, непотписници не

[4] Више: G. Born, 563–766; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 261–327, 373–461; М. Станивуковић, 73–77, 87–101; J. Перовић, 87–106, 119–149; Мирјана Цукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража* 2001, 15–65.

[5] Више: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 395–430.

[6] Сагласност на арбитражни уговор може бити и прећутна или индиректна: сагласност на предметни уговор са том клаузулом конституише и сагласност на ту клаузулу, сагласност на арбитражну клаузулу у предметном уговору не укључује обавезно и сагласност на тај уговор, сагласност према околностима случаја не захтева и потпис, потпис не мора нужно значити и сагласност (принуда, превара), сагласност може произилазити из понашања (конклудентне радње) или бити прећутна (чак и усмени уговор може укључити прећутни арбитражни уговор, на основу пословних обичаја, чак и без усменог позивања на тај уговор), сагласност се може заснивати на размени уговорне документације, сагласност на арбитражу може произилазити и из радњи у арбитражном поступку и без арбитражног уговора, сагласност може произаћи и из прихвата општих услова пословања (типских уговора, уговора по приступу) са арбитражном клаузулом. Вид. G. Born, 661–674; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 274–323, 373–394; М. Станивуковић, 89–95; J. Перовић, 132–149. За изворе права, у овом домену, домаће и међународне, вид. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, 1958. (Њујоршка конвенција, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. II); UNCITRAL Модел закон о међународној трговинској арбитражи (Модел закон, документ Уједињених нација A/40/17, Анекс I, 1985, 2006, чл. 7); Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (Европска конвенција, Уредба о ратификацији – *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/63, чл. 1, ст. 2); српски Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 12.

[7] О претпоставци независности и аутономности (одвојивости од основног уговора): G. Born, 311–407; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 213–259; J. Перовић, 67–85; М. Станивуковић, 78–81; А. Јакшић, 195–199.

могу сматрати трећим лицима[8]: цесија уговора, уступање уговора, суброгација, сукцесија, „пробијање правне личности“[9], повезана привредна друштва)[10] или је реч о „арбитражи без уговора“ (*arbitrability without privity* – инвестиционе арбитраже на основу закључених билатералних међудржавних споразума о заштити страних инвестиција – BIT)[11] или, коначно, код инвестиционих арбитража могућност да сваки власник акција или удела, па и индиректни, као „заштићени улагач“ на основу BIT-а[12], покрене спор против државе домаћина инвестиције, прихватајући тиме надлежност изабраног арбитражног форума да решава њихов међусобни спорни однос.

2. (НЕ)УГОВОРНА ПРИРОДА КОНСТИТУТИВНИХ АКАТА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Правно, привредно друштво настаје на уговорној основи (атипично је једночлано друштво), без обзира на то да ли има својство правног субјекта или не. Уговор о оснивању привредног друштва мора бити сачињен у писменој форми (*forma ad solemnitatem*), по правилу и уз неки облик свечане форме (овера потписа у суду, сачињавање или овера од нотара и слично).[13]

[8] G. Born (1142–1210) разликује следеће основе везаности арбитражним уговором непотписника: заступништво (агенцу), очигледно овлашћење, прећутну сагласност, алтер его и „пробијање правне личности“, доктрину „групе компанија“, уговор у корист трећих лица, гаранте, сукцесију, асигнацију и друге преносе уговорних права, суброгацију, *estoppel* и повезане доктрине, ратификацију, корпоративне директоре и *officers* (који извршавају арбитражни уговор иако су непотписници), акционаре по основу деривативних тужби за компанију, непотписнике код арбитраже у који је укључена држава, учеснике *joint venture* односа. Вид. и Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 431–452.

[9] Leonid Shmatenko, „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review (YAR)* 4(1)/2012, 25–29.

[10] Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 299–305; Rimantas Daujotas, „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 2012, 1–23, *http://ssrn.com/abstract=2148900*, 25. март 2018; Osman Erturk Ozel, „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements“, 2016, *http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf*, 25. март 2018; Sarita Patil Woolhouse, „Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International* 20(4)/2004, 435–444; Pedro Alberto Costa Braga de Oliveira, „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, 2007, *http://ssrn.com/abstract=1673008*, 25. март 2018; Мирјана Цукавац, „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража* 2003, 28–53.

[11] Jan Paulsson, „Arbitrability Without Privacy“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 10(2)/1995, 232–257.

[12] М. Станивуковић, 144–148.

[13] Вид. Frank Easterbrook, Daniel Fischel, „The Corporate Contract“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), New York 2012, 152–160.

Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора[14] захтевају се подједнако и за тај уговор[15] јер и он *има облигациона дејства* (способност уговорних страна, форма, предмет, сагласност воља, кауза). За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да тај уговор може да *има и статусна – институционална дејства* (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект)[16], у том уговору има и одређених посебних правила која произлазе из тог дејства. Ипак, уговорна природа тих друштава доминира код друштава лица (ортачко трговачко друштво и командитно друштво), док институционална природа доминира код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и, посебно, акционарско друштво), чиме се омогућује да та друштва функционишу *техником рада органа друштва* (*теорија већине*) јер њима након оснивања управљају органи друштва, а не оснивачи и доцнији чланови. То је, међутим, потпуно тачно за акционарско друштво са јавним уписом акција, које и на тај начин испољава све одлике друштва капитала, али не и за друштво са ограниченом одговорношћу (и делом и за акционарско друштво без јавног уписа акција) које и након оснивања задржава доста карактеристика друштва лица (*intuitu personae*), тако да су уместо органа друштва, ипак, често у функцији одлучивања чланови друштва (*теорија уговора*).

Уговорне стране за уговоре о оснивању привредног друштва могу бити и физичка и правна лица (осим ако то у одређеним случајевима није изричито искључено). По правилу, тај уговор није билатералан већ мултилатералан, али се углавном *не прописује максималан број уговорних страна.* Ипак, и у случају кад закони не садрже ограничење максимума уговорних страна, фактички друштва лица, па и друштво са ограниченом одговорношћу, због своје природе, тешко могу да функционишу са великим бројем ортака или чланова, што је опет фактичко питање. Најзад, иако је природа привредних друштава уговорна, закони по правилу никад не траже аутоматски престанак друштва када оно у току пословања спадне на једног ортака, па ни у случају када по закону такво друштво не може бити једночлано (друштва лица), већ редовно остављају рок (у којем може бити једночлано) за преображај таквог друштва у другу правну форму или за приступање новог ортака (члана).

---

[14] Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 245–366; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 212–331.

[15] Српски Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/11, 83/14, 5/15, чл. 11, 94, 127, 141 и 265.

[16] О уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција, вид. Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2018, 32–34; Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris 2012, 163–186.

Уговорна природа конститутивних аката привредних друштава, те и уговорна природа арбитражног уговора, отвара питање могуће надлежности арбитражног форума уговореног управо у тим актима. Арбитражна клаузула у конститутивном акту привредног друштва уговорне природе усваја се при оснивању друштва у складу са својом природом – једногласношћу чланова оснивача. Проблем може настати ако се арбитражна клаузула уноси у конститутивни акт друштва уговорне природе након закључења тог уговора. Ако је реч о друштвима чисте уговорне природе (независно од тога да ли имају правни субјективитет или не), дакле, ортачком трговачком друштву и командитном друштву, њихова уговорна природа мора остати у сваком случају, те би то било могуће само сагласношћу свих чланова друштва. Кад је, пак, реч о друштвима мешовите природе, и уговорне и институционалне, дакле, друштву с ограниченом одговорношћу и акционарском друштву, спорно је да ли се та клаузула након конституисања друштва може унети неком формом већине (питање је да ли оптирање за арбитражу и слободну вољу свих уговорника може „компензовати" опција изласка из друштва несагласних чланова у случају могућности уношења такве клаузуле већинском вољом). Исто правно резоновање, и код друштава чисто уговорне природе и код друштава мешовите природе, могло би се применити и на касније брисање арбитражне клаузуле из оснивачког (конститутивног) акта привредног друштва. Другачија је ситуација са каснијим променама једногласно уговорене арбитражне клаузуле без дирања у уговорну вољу за арбитражом (уговарање друге арбитражне институције, комплетирање клаузуле недостајућим одредбама и слично), што се неспорно, код свих врста друштава, може извршити и неком формом већинског одлучивања јер је воља за арбитражним решавањем спорова једногласно раније изражена.[17]

Арбитражна клаузула која није укључена у конститутивни акт акционарског друштва са уговорном природом – уговор о оснивању (*article of incorporation*, *article of association*), већ је укључена у други конститутивни акт мешовите правне природе (уговорне и нормативне), статут друштва (*by-law*, *statute*), након његовог доношења једногласном вољом акционара (уговорна природа), због неспорне могућности промене овог акта теоријом већине гласова акционара

[17] Вид. Ewald Oberhammer, Stefan Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability: The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010* (eds. Christian Klausegger *et al.*), Wien 2010, 25–41; Nikolaus Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (eds. Christian Klausegger *et al.*), Wien 2014, 44; Peter Klein, „The Arbitration Agreement – Arbitrability of Company Law Disputes", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (eds. Gerold Zeiler *et al.*), Wien 2017, 30, 48–50.

скупштине друштва (институционална природа) изазива још више контроверзи. И у водећој земљи „пријатељској према арбитражи“, САД, судови су дуго времена сматрали да арбитража по деривативним тужбама, чак и код друштва с ограниченом одговорношћу, повређује јавни поредак. Данас је код тих друштава арбитража могућа практично код свих врста корпоративних спорова. Код јавних акционарских друштава код којих се арбитражна клаузула уврашћује у конститутивне акте друштва након њиховог доношења, и то од одбора директора или већинским гласовима акционара, поставља се питање да ли они тада имају уговорну природу у смислу правила арбитражног права, те да ли та клаузула обавезује и несагласне акционаре и акционаре који касније стичу акције тих друштава. Питање је да ли би та примена и на њих била повреда јавног поретка. Америчка теорија није сасвим јединствена, с тим што већинска ипак сматра да ти „нови“ акционари, купујући акције друштва које је већ оптирало за арбитражу, односно „стари“ акционари, не користећи као несагласни „*opt-out*“ због усвајања арбитражне клаузуле, prећутно прихватају конститутивни акт друштва са таквом клаузулом, који има уговорну природу („уговор по приступу“). Иако се признаје недовољна преговарачка моћ тих акционара, чак и недовољна обавештеност и тиме несвесност постојања такве клаузуле, ипак се сматра да арбитража интерних спорова у јавним корпорацијама не повређује јавни поредак и да арбитража може бити надлежна на тој основи за компанијскоправне тужбе („научена страница из става према интерним споровима у затвореним друштвима“).[18]

Коначно, кад је реч о интеркомпанијскоправним споровима, арбитражна клаузула може бити укључена и у акт неконститутивне природе, који уређује интерне односе чланова друштва и неке односе са друштвом (уговор чланова друштва)[19], или који уређује односе чланова органа друштва и друштва (уговор о међусобним правима и обавезама), или који уређује односе контролног друштва и зависних друштава (уговор о контроли и управљању).

---

[18] Упор. Verity Winship, „Shareholder Litigation by Contract“, *Boston University Law Review* 96(2)/2016, 485–542; G. Richard Shell, „Arbitration and Corporate Governance“, *North Carolina Law Review* 67(3)/1989, 517–575; Ann M. Lipton, „Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws“, *The Georgetown Law Journal* 104(3)/2016, 583–641; Joseph Lee, „Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective“, 2015, 1–20, *http://ssrn.com/abstract=2736981*, 25. март 2018.

[19] Према ЗОПД (чл. 15, ст. 2) тим уговором чланови друштва који су га закључили могу уредити: 1) посебне обавезе тих чланова према друштву, 2) права и обавезе тих чланова у вези са преносом удела односно акција, 3) како ће гласати у скупштини по одређеним или свим питањима, 4) начин прерасподеле добити између тих чланова, 5) начин решавања блокаде у одлучивању, 6) друга питања од значаја за њихове међусобне односе.

У сваком случају, било да је реч о уговору о оснивању привредног друштва (било које форме), као конститутивном акту неспорно уговорне природе (уговор између чланова друштва и чланова друштва и самог друштва), или је реч о акционарском друштву и о другом конститутивном акту – статуту друштва, мешовите природе (уговорне и институционалне), или је реч о другом уговорном акту који уређује одређене односе између чланова друштава или друштва и чланова органа друштва, због неспорно уговорне природе арбитражног уговора, независно од тога у ком је од тих аката он конститутивни део, примена уговорне теорије остаје императив. Отуда, у свим случајевима кад арбитражни уговор није прихваћен једногласношћу свих чланова чији односи у случају спора треба да се решавају уговореним арбитражним форумом, уз искључење надлежног суда и тиме компанијскоправних тужби пред државним судом (директне – индивидуалне, индиректне – деривативне, колективне – *class action*),[20] његово дејство не би могло да се протегне на неуговорнике ван правила уговорног права, евентуално коригованих до могућег компромиса уговорног и компанијског права.[21] Наиме, неуговорници би у складу с

[20] Claudia H. Allen, „Bylaws Mandating Arbitration of Stockholders Disputes?“, *Delaware Journal of Corporate Law* 39(3)/2014, 769; Stacie I. Strong, „Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30(1)/2008, 100. Неки аутори истичу да то зависи од формулације арбитражног уговора, при чему су могуће три опције: да арбитражни уговор изричито предвиди „*class, mass or collective arbitration*“, да арбитражни уговор искључи те поступке или да је двосмислен или да о томе ћути. Stacie I. Strong, *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, 2013, *https://global.oup.com/academic/product/class-mass-and-collective-arbitrat ion-in-national-and-international-law-9780199772520?cc=rs&lang=en&*, 25. март 2018; Daniel J. Morrisey, „Will Arbitration End Securities Litigation“, 2012, *http://ssrn.com/abstract=2048707*, 25. март 2018; John C. Coffee, „The Death of Stockholder Litigation?“, *The National Law Journal*, 13 February 2012; George W. Dent, „The Power of Directors to Terminate Stockholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?“, *Northwestern University Law Review* 75(1)/1980, 96–146; М. Станивуковић, 148–153.

[21] У праву САД (*Model Business Corporation Act*, 2002, *par*. 10.20), посебно у праву државе Делавер (*Delaware Genaral Corporation Law*, 1953) у којој се региструје већина јавних акционарских друштава, то питање се решава изричитим давањем примата правилима компанијског права (иако се оснивачком акту друштва и статуту акционарског друштва даје углавном природа уговора – уговор између корпорације и акционара, као и између самих акционара – *доктрина уговора* примењује се у тумачењу тих аката), што иде дотле да и одбор директора може да мења те акте друштва (у принципу уз постојање такве овлашћујуће или неискључујуће клаузуле у оснивачком акту – са становишта уговорног права реч је о *једностраној промени акта са природом уговора на основу овог овлашћења*, као изузетка од *принципа билатералне промене*) и укључењем арбитражне клаузуле, која обавезује све чланове друштва који не искористе права несагласних чланова друштва на иступање из друштва у одређеном року (*opt-out*), а што води искључењу надлежности државних судова по основу свих компанијскоправних тужби, с обзиром на то да таква арбитражна клаузула обавезује све чланове друштва (индивидуална арбитражна тужба,

правилима компанијског права морали имати права несагласних чланова друштва[22], с тим што остаје питање ако то право не искористе

деривативна арбитражна тужба, колективна арбитражна тужба). Сматра се, наиме, да таква *једнострана промена конститутивног акта друштва од одбора директора* мора бити руковођена начелима савесности и поштења (претпоставља, између осталог, и упознатост свих чланова друштва са предлогом промена – *обавеза транспарентности промена*), у доброј вери и у интересу чланова друштва и друштва, а не у сопственом интересу чланова одбора или само у интересу контролних чланова друштва (дужност пажње и дужност лојалности директора компанији – *примена doctrine business judgment rule*), те да је поштовање тих принципа под строгим надзором суда (у случају да су покренути поступци поништаја – било да је реч о једностраним променама од одбора директора или само од контролног акционара уз злоупотребу права већине), као и да, у крајњем, чланови друштва увек имају могућност укидања (стављања ван снаге) таквих промена, усвајања другачијих промена или опозива одбора директора или коначно *opt-out right*, уз обавезу компаније да им откупи капитал учешће. Вид. Albert H. Choi, Geeyoung Min, „Amending Corporate Charters and Bylaws", 2017, 1–31, *http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1898/*, 25. март 2018; C. H. Allen, 761–762.

У пракси судова Делавера промовисане су одлуке које су *sukob корпорацијског права* (фидуцијарна дужност директора) *и уговорног права* (природа конститутивног акта корпорације) решавале дајући примат начелу фидуцијарне дужности директора и тиме дозвољавајући пуноважност арбитражне клаузуле укључене у конститутивни акт корпорације уз примену теорије већине и тиме њено дејство и према акционарима (члановима) који нису гласали за ту клаузулу (Вид. *Boilermakers Local 154 Ret. Fund v. Chevron Corp*., 73 A.3d 934 – *Del. Ch. Court*, 2013). Те одлуке су критиковане у америчкој правној теорији због тога што отварају пут принудној арбитражи (акционарска мањина која није гласала за арбитражу) и што дају концесију вољи директора који се у том случају могу налазити у позицији сукоба интереса (уз негирање права акционара), а корпорацијско право има посебан режим решавања института сукоба интереса и увек је са сумњом гледало на корпоративне одлуке у којима постоји сукоб интереса, те нема разлога да се тако не третира и арбитражна клаузула прихваћена вољом већине. Вид. A. M. Lipton (2016), 583–641.

У Канади, иако је уговорна природа статута корпорација спорна (ипак, пошто је реч о приватноправном акту, сматра се да „има логике" да се тумачи применом правила уговорног права), такође је прихваћена пракса да одбор директора може једнострано мењати статут друштва, између осталог, укључујући и арбитражну клаузулу (са чијим се дејством изједначава и клаузула о одрицању од права на колективне тужбе – *class action*), али ипак у принципу на привременој основи до прве седнице скупштине корпорације. Вид. Gowling WLG, „Coming to Canada: Corporate Disputes and Litigation-Related Bylaws", 2016, 1–10, *https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2016/corporate-disputes-and-litigation-bylaws-canada*, 25. март 2018.

У Италији (*Legislative Decree*, No 5/2003) арбитражна клаузула у конститутивним актима друштава капитала (друштава са ограниченом одговорношћу и затворених акционарских друштава, али не и јавних акционарских друштава) обавезујућа је чак и ако је усвојена квалификованом већином од две трећине гласова, која такође обавезује и нове чланове друштва, чак и без конкретног одобрења (сагласности). Арбитражна клаузула из тих аката може се протегнути и на чланове органа друштва (директоре, ликвидаторе, интерне ревизоре), обавезујући их на основу саме чињенице прихватања таквог избора (чак и без формалног одобрења

у прописаним роковима, да ли се по теорији уговорног права може сматрати да су прећутно прихватили арбитражну клаузулу (теорија уговора по приступу) или да ипак задржавају права по правилима компанијског права – необавезаност арбитражном клаузулом, и тиме право на подизање компанијскоправних тужби пред државним судовима, што би водило могућности паралелних арбитражних и судских поступака у истим правним стварима и по истим основима. Уз то, непримена правила уговорног права у смислу немогућности примене арбитражног уговора на неуговорнике, односно ускраћивање

клаузуле). Коначно, арбитражна клаузула може се протегнути и на спорове везане за пуноважност одлука скупштине друштва. Тако: Angelo Anglani, Fabio Liguori, „Italy's New arbitration Laws", *The European Arbitration Review* 2007, 49–52.

И у Шпанији се арбитражна клаузула може уврстити у оснивачки акт привредног друштва капитала (па и, за разлику од Италије, јавних акционарских друштава) двотрећинском већином гласова чланова друштва (*Arbitration Act*, 60/2003, 11/2011, *art*. 11 *bis*). Вид. Maria Pilar Perales Viscasillas, „Some Specific Issues About Arbitrability in Spain: Back to the Past", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2017, 33–36. С друге стране, Апелациони суд Сао Паола заузео је став о непуноважности арбитражне клаузуле наметнуте већином гласова у случају постојања текућег спора између акционара. Нешто касније, ипак, Федерални апелациони суд Бразила прихватио је ваљаност уврштења арбитражне клаузуле у статут друштва већином гласова, што обавезује све чланове друштва (акционаре), уз право несагласних чланова друштва на процену и откуп акција од друштва и излазак из друштва. Вид. Nikolai Rebelo, „Petrobras Case and New Brazilian Jurisprudence on Corporate Arbitration", 2017, 1–3, *https://www.linkedin.com/pulse/petrobras-case-new-brazilian-jurisprudence-corporate-nikolai-rebelo*, 25. март 2018.

У Русији (*Federation Law on Int. Commercial Arbitration*, No 5338–1/93, 3/2008, 29/15, чл. 7, тач. 8) арбитражна клаузула (могуће је само уговарање институционалне арбитраже) може се уврстити у оснивачки акт привредног друштва само једногласно, с тим што се односи на све учеснике (чланове друштва), само привредно друштво и друга лица која су сагласна да се односи и на њих.

У Немачкој, правна теорија стоји на становишту да укључење арбитражне клаузуле или проширење постојеће арбитражне клаузуле у оснивачком акту компаније захтева сагласност *свих* чланова (акционара), те да укључење амандманом квалификоване већине није могуће. Како сагласност у смислу арбитражног уговора не мора бити изричита (може бити и прећутна, сагласност позивањем на опште услове и слично), остаје отворено питање шта се може сматрати таквом сагласношћу код те клаузуле у конститутивним актима компаније и питање правног дејства форми прећутне сагласности. Вид. Jan Kraayvanger, Mark C. Hilgard, „Arbitrability of Shareholders' Disputes under German Law", *International Litigation Quarterly* 26(1)/2009.

[22] „Акционар може да тражи од друштва да откупи његове акције ако гласа против или се уздржи од гласања за одлуку: ...6) којом се мењају његова друга права, ако је статутом одређено да акционар из тог разлога има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу с овим законом" – српски ЗОПД, чл. 474, ст. 1, тач 6.

„Одредбе о правима несагласних акционара сходно се примењују и на чланове друштва с ограниченом одговорношћу, осим ако је оснивачким актом тог друштва другачије одређено" – српски ЗОПД, чл. 477.

обавезне или принудне арбитраже (за чланове друштва који нису прихватили арбитражну клаузулу), иако са становишта теорије уговора правно коректна, могла би водити злоупотреби права мањине и блокади интереса већине, као и интереса самог привредног друштва (имајући у виду предности арбитраже у односу на судско решавање спора). Чини се да су то убедљиви разлози да путоказ за решење тог сукоба компанијског и уговорног права, које компанијско право оставља отвореним, може да буде изричит прихват теорије уговора по приступу у случају „нових“ и „старих“ несагласних чланова (који не искористе опцију компанијског права за излазак из друштва) свих затворених форми друштава због постојања *intuitu personae* односа и тиме претпостављене упознатости са постојањем те клаузуле. Код јавних акционарских друштава, због непостојања *intuitu personae* односа, не би се могло узети постојање упознатости са том клаузулом. Уз то, код стицања акција на секундарном тржишту посебно од непрофесионалних акционара постоји посебна потреба да се додатно заштите по правилима потрошачког права, те би примена теорије уговора по приступу била правно тешко неприхватљива.

У том контексту, пак, српски Закон о привредним друштвима изричито каже да „лице које накнадно приступи друштву, оснивачки акт друштва, односно статут друштва обавезује од дана стицања својства члана друштва“[23] (што, дакле, важи и за садржану арбитражну клаузулу – правна сингуларна сукцесија – нови члан друштва, без обзира на основ стицања, правно је сукцесор свог правног претходника и ступа у његов правни положај).[24] Домашај те норме српског компанијског права ипак је упитан због изостанка било какве рестрикције за јавна акционарска друштва, посебно због непрофесионалних акционара који стичу акције на секундарном тржишту хартија од вредности, а који као слабија уговорна страна морају бити и у фокусу посебне заштите у смислу права потрошача. То управо чине и немачко право и пракса, који дејство арбитражне клаузуле конститутивних аката друштва на нове чланове (прећутни прихват) ипак ограничавају на друштва с ограниченом одговорношћу (редовно с релативно ограниченим бројем чланова код којих постоји однос *intuitu personae*) и чак и за нејавна акционарска друштва, али сматра врло упитним да ли то може да се примени у јавним акционарским друштвима (котирана друштва на берзама), с обзиром на то да може постојати потенцијално неограничен број нових акционара[25]

---

[23] ЗОПД, чл. 11, ст. 5. Вид. N. Pitkowitz, 36.

[24] Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41.

[25] Резоновање немачког Врховног суда (*BGH*) у одлуци познатој као одлука „*Arbitrability II*“ (*April* 6, 2009) да важност арбитражне клаузуле оснивачког акта компаније не треба да зависи од броја чланова, с обзиром на то да је тај број променљив, правно је утемељено, посебно због тога што се односи на друштво с

међу којима не постоји однос *intuitu personae* нужан за извлачење претпоставке о прећутној сагласности (питање је да ли се у њиховом стицању акција путем иницијалне јавне понуде, преузимања или стицања на секундарном тржишту хартија од вредности могу наћи елементи „приступања тим актима“ и тиме прећутне сагласности на арбитражну клаузулу која је садржана у конститутивним актима друштва чије су акције тако стекли, а такође је отворено и питање да ли се на такво стицање акција јавног акционарског друштва од непрофесионалних акционара примењују све захтевнија правила о заштити потрошача, те да ли они могу имати тај статус).[26] Решење тог питања зависи од националних закона, а распон се може кретати од изгледног негирања валидности у немачком праву, до апсолутног прихвата у корпорацијском праву САД (али уз негативан став Комисије за хартије од вредности – SEC).

3. ПОЈАМ ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Одређење домена интеркомпанијскоправних спорова полазна је претпоставка и за расправу о арбитрабилности тих спорова, као и за расправу о дејству арбитражног уговора и потенцијалном дејству арбитражне одлуке. За то одређење појам „компанија“ узимамо у ширем смислу, обухватајући тиме и форме друштава које у класичном смислу чине друштва лица (ортачко привредно друштво, командитно друштво) и форме друштава које у класичном смислу чине друштва капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво). Такво одређење, иако не сасвим правнички коректно, ипак је са становишта српског права могуће, с обзиром на то да оно у том погледу прихвата романску концепцију привредних друштава која даје правни субјективитет не само формама друштва капитала већ и формама друштва лица.[27]

Интеркомпанијскоправни спорови представљају сложени сплет правних односа у вези са настанком привредног друштва („компаније“ у реченом смислу), функционисања друштва и престанка друштва.

ограниченом одговорношћу и везано је за његову природу. Није јасно да ли се тај став односи и на јавна акционарска друштва, али претпостављамо да у том смислу (број чланова) стоје исти разлози за такав став. Међутим, отворено је питање примењивости због природе друштва. Вид. J. Kraayvanger, M. C. Hilgard.

[26] Вид. Lars Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German approaches and International solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 8(1)/2015, 38–40.

[27] Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris 1980, 17–20, 339; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 77–87; P. Le Cannu, B. Dondero, 219–243; Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris 2003, 95–97; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2017, 51–67.

Због постојања вишеструких правних односа и разноврсности форми привредних (трговачких) друштава која постоје у националним правима, није могуће утврдити лимитативне листе тих спорова.[28] Реч је о разноврсним правним односима корпоративног порекла и природе у том својству: члан(ови) – други члан(ови) друштва, члан(ови) – привредно друштво; привредно друштво – члан(ови), члан(ови) друштва – чланови органа привредног друштва, привредно друштво – члан(ови) органа привредног друштва и слично.[29] Да би били предмет могућег арбитражног решавања у случају спора, сви ти односи морају бити „покривени" арбитражном клаузулом (уговором), садржаном у конститутивним актима друштва или посебним уговорима. У том смислу и потенцијална арбитрабилност одлука скупштине привредног друштва и евентуално других органа друштва испуњава услове за арбитрабилност, у случају постојања одговарајућег арбитражног уговора, јер је реч о правним односима чланови друштва – други чланови друштва или односима привредно друштво – чланови органа друштва. Спорност потенцијалне арбитрабилности одлука органа привредног друштва, посебно одлука скупштине чланова друштва, може се налазити у другој равни – могуће дејство такве одлуке на трећа лица која нису „покривена" арбитражним уговором због принципа хоризонталног дејства арбитражне одлуке само на лица која су дала сагласност (изричиту, прећутну у најширем поимању) на арбитражни уговор.[30]

Коначно, за одређење појма интеркомпанијскоправних спорова важно је и питање разграничења домена компанијског права и права хартија од вредности (уже берзанског права). Наиме, питање је да ли су у обухвату арбитражног уговора и акционари који на тржишту хартија

[28] Тако и: L. Markert, 31–32.

[29] А. Јакшић (241–242) отвара питање постојања правних односа оснивача друштва са привредним друштвом у смислу везаности арбитражном клаузулом и самог друштва (кад се она налази у његовом конститутивном акту), с обзиром на то да оно није потписник тог акта, већ су то његови оснивачи. Иако је, међутим, тачно да привредно друштво као правни субјект настаје тек уписом у регистар, те да оно не може у време кад не постоји (фаза оснивања) овластити осниваче да донесу конститутивне акте одређене садржине (укључујући и арбитражну клаузулу), а када друштво настане, оно врши вољом својих органа (које конституишу оснивачи) акт одобравања (прихватања, ратихабиције) аката својих оснивача (тиме и конститутивних аката са арбитражном клаузулом), чиме ступа у одвојене односе као правни субјект и са својим оснивачима (и каснијим члановима), као и са члановима својих органа, који су покривени предметном арбитражном клаузулом конститутивних аката. О томе вид. Мирјана Радовић, „Појам уговора у име будућег друштва", *Право и привреда* 4–6/2014, 148–175.

[30] Stavros L. Brekoulakis, „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 20.

од вредности (секундарно тржиште) или по основу иницијалне јавне понуде (IPO) стичу акције, с обзиром на то да они нису чланови привредног друштва до тог момента и арбитражне клаузуле из конститутивних аката друштва не односе се на њих (регулатива тржишта хартија од вредности их третира као спољне корпорацији и по правилу на њих, ако су непрофесионални инвеститори, протеже и додатна правила заштите из сфере заштите потрошача). Повреде правила стицања акција на тржишту хартија од вредности не спадају у правила корпоративног управљања и спорови по том основу нису покривени арбитражном клаузулом из интеркомпанијскоправних спорова.[31] То је и кључни разлог негативног става Комисије за хартије од вредности САД (SEC) о арбитрабилности тих спорова, иако се та земља може окарактерисати као водећа „пријатељска земља према арбитражи“ (*arbitration friendly* – постојање претпоставке арбитрабилности).[32] Истим разлозима мотивисано је и изричито законско искључење могућности уговарања арбитражног уговора у неким акционарским друштвима у Русији.[33] Истоветна сумњичавост и опрезност у погледу проширења примене арбитражне клаузуле на нове акционаре јавних акционарских друштава, посебно на непрофесионалне акционаре који имају потребу додатне заштите у смислу заштите потрошача (статус им је ближи статусу потрошача и тиме слабије уговорне стране него статусу инвеститора – трговца који нема посебне потребе за таквом заштитом)[34], постоји и у немачком компанијском и берзанском праву и пракси.[35]

---

31 О разлици интеркомпанијскоправних захтева и захтева који произилазе из тржишта хартија од вредности и о разграничењу регулације тржишта хартија од вредности и регулације корпоративног управљања (доктрина интерних корпорацијских послова), вид. Ann Lipton, Mandating Arbitration of Securities Claims via Corporate Governance Documents?, Business Law Prof. Blog, 2014, *http://lawprofessors.typepad.com/business_law/2014/09/mandating-arbitration-of-securities-claims-via-corporate-governance-documents.html*, 25. март 2018.

32 A. M. Lipton (2016), 596–600; C. H. Allen, 775–781, 802–809.

33 Арбитражна клаузула не може се уврстити у оснивачки акт акционарског друштва које има више од хиљаду акционара са правом гласа, као ни у оснивачки акт јавног акционарског друштва – *Federation Law on International Commercial Arbitration*, No 5338–1/93, 3/2008, 29/15, чл. 7, тач. 8.

34 Конституисање на тој основи практично обавезне – мандаторне арбитраже (те клаузуле се често и не преговарају и нема адекватне информисаности која би оправдавала прећутну сагласност) и за акционаре потрошаче (не и за акционаре инвеститоре) са дејством одрицања „приступа суду“ отвара и само питање уставности одрицања приступа правди. Вид. Omri Ben-Shahar, „The Paradox of Access Justice and its Application to Mandatory Arbitration“, *The University of Chicago Law Review* 83(4)/2016, 1755–1817; Kenneth S. Abraham, J. W. Montgomery, „The Lawlessness of Arbitration“, 2002, *http://ssrn.com/abstract_id=353340*, 25. март 2018; Stephen J. Ware, „Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration“, *Minnesota Law Review* 83(3)/1999, 704–754.

35 Вид. L. Markert, 39–40.

4. АРБИТРАЖНИ УГОВОР И „ОБАВЕЗНЕ (ПРИНУДНЕ) АРБИТРАЖЕ“

Арбитражни уговор и у сфери компанијског права и права хартија од вредности настаје у принципу применом уговорне теорије – сагласност воља свих уговорних страна (двостраначки, мултистраначки). Ипак, мешовита природа привредних друштава (уговорна и институционална), као и мешовита природа конститутивних аката у којима се уговарају арбитражни уговори (клаузуле), посебно код друштава која у класичном смислу представљају друштва капитала, отвара питање дозвољености „обавезних – принудних арбитража“, с обзиром на то да се ти акти (посебно њихове промене након настанка) могу усвојити већинским гласовима чланова друштва, ако као такви обавезују и у контексту арбитражне клаузуле преостале мањинске чланове друштва по броју гласова, или ти мањински чланови ступе у душтво након усвајања арбитражне клаузуле (искључујући тиме компанијскоправне тужбе чланова привредног друштва пред судовима).[36] Имајући у виду да друштва с ограниченом одговорношћу имају, с обзиром на своју природу, релативно мањи број чланова (чак и у условима тренда брисања максимума чланова у националним законима), тај проблем не постоји у толикој мери у тим друштвима јер су мањински чланови по броју гласова редовно информисани и имају сазнања о постојању арбитражне клаузуле (*intuitu personae*) и правно се може узети да су се прећутно са њом сагласили (уговор по приступу).

Проблем својеврсне валидности „обавезних – принудних арбитража“ постоји у акционарским друштвима са великим бројем акционара у којима и не постоји однос *intuitu personae*, посебно у јавним акционарским друштвима која емитују акције јавним путем (иницијалне јавне понуде са проспектом), односно чијим се акцијама тргује на секундарним тржиштима акција без ограничења. Како је реч о отвореним друштвима, у принципу са великим бројем акционара, посебно непрофесионалних акционара, без обзира на транспарентност и доступност у јавним регистрима конститутивних аката јавног друштва (који у моменту стицања акција нових акционара након настанка друштва садрже арбитражну клаузулу, као и проспекта који прати јавну емисију акција са таквом клаузулом или који упућује на такву клаузулу у конститутивним актима друштва), правно посматрано, тешко би било бранити став о њиховој упознатости са постојањем арбитражне клаузуле која их тим стицањем акција и својства акционара обавезује својим позитивним (уговорени арбитражни форум)

[36] Jay Eisenhofer, Michael Barry, Arbitration Threatens to Wipe Out Shareholder Rights, Pensions & Investments, 2014, *http://www.pionline.com/article/20140121/ONLINE/140129979/arbitration-threatens-to-wipe-out-shareholder-rights*, 25. март 2018.

и негативним дејством (одрицање од компанијскоправних тужби чланова друштва пред надлежним судом). За разлику од прописаних фидуцијарних дужности лица која у смислу компанијског права имају дужности према друштву (дужност пажње, дужност лојалности друштву, дужност по основу правила *business judgment*), које такође не важе за мањинске акционаре по капиталу (који немају контролно капитал учешће или бар значајно капитал учешће), компанијско право не прописује дужност информисања тих (постојећих и нових) чланова друштва са конститутивним актима друштва и тиме сазнање о постојању арбитражне клаузуле (информисање је право, а не и дужност), која би као таква могла бити праћена одговарајућом санкцијом (на пример, конституисање претпоставке прећутног прихвата такве клаузуле и њених дејстава).[37] Уз то, нови акционари који то постану на секундарном тржишту или у контексту иницијалне јавне понуде то постају по правилима берзанског права и не могу бити обухваћени појмом интеркомпанијскоправних односа, а тиме и спорова из тих односа покривених „затеченом" арбитражном клаузулом. Коначно, на акционаре који стичу акције отворених друштава по правилима берзанског а не компанијског права, који се у смислу прописа о заштити потрошача могу сматрати потрошачима (непрофесионални, дисперзовани акционари) морају се применити и посебна правила о заштити потрошача (непоштена пословна пракса, обмањујућа пословна пракса), посебно правила о предуговорном информисању од друштва емитента тих акција, са прописаним санкцијама пропуштања те дужности (однос професионални емитент акција и непрофесионални стицалац акција и потреба додатне и посебне заштите слабије уговорне стране),[38] како би се елиминисао ефекат „обавезних – принудних арбитража" и тиме негирала изворна уговорна природа арбитраже.

Тако је у САД у области тржишта хартија од вредности дуго времена практично био заснован *систем обавезних арбитража*, с обзиром на то да су брокерско-дилерска друштва у уговоре о купопродаји акција и других серијских хартија од вредности обавезно укључивала арбитражне клаузуле или су се, пак, потрошачи позивали на безусловна права да траже арбитражу на основу правила (*Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes* – 12200, из 2008. године) највеће саморегулаторне организације на тржишту хартија од вредности – *Financial Industry Regulatory authority* (FINRA).[39] На-

[37] Вид. Stephen J. Ware, „The Case of Enforcing Adhesive Arbitration Agreements – with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees", *The Journal of American Arbitration* 5(2)/2006, 251–293.

[38] Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/14, 6/16, чл. 13, 17–21.

[39] Доступно на: *https://www.finra.org/*, 25. март 2018.

кон извесног времена федерална Комисија за хартије од вредности (SEC) забранила је уговорне компромисорне клаузуле о обавезној арбитражи у потрошачким уговорима (укључујући и такве клаузуле код стицања акција иницијалним јавним понудама и код трговине акцијама отворених друштава на секундарним тржиштима)[40], што је у делу правне теорије примљено с неодобравањем, уз изражавање става да то у коначном може бити лоше за инвеститоре.[41] Има, међутим, наговештаја да би SEC могла ускоро да промени став и прихвати валидност мандаторних арбитражних клаузула у јавним акционарским друштвима, с обзиром на то да Врховни суд САД константно подржава такве клаузуле.[42] С друге стране, с правом полазећи од уговорне основе настанка арбитраже, изражава се став да се арбитражно решавање спора мора увек заснивати на уговорној вољи (компромис), а не на законској принуди (принудне арбитраже су посебно критиковане код потрошачких и радноправних уговора).[43]

У сваком случају, право и пракса САД су и у случају тих арбитража, у којима је евидентна неравноправност уговорних страна, више наклоњени могућности арбитражног решавања спорова (па и у смислу „принудних арбитража“ за несагласне чланове компаније у погледу арбитражне клаузуле)[44], за разлику од права и праксе ев-

[40] Jill Gross, „The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism“, *Journal of Dispute Resolution* 1/2016, 171–186; C. H. Allen, 775–781, 809; Hal S. Scott, Leslie Silverman, National Law Journal Op-ed: SEC's Silent Opposition to Arbitration Bylaws is Speaking Volumes, Committee on Capital Markets Regulation, 2013, *http://www.capmktsreg.org/2013/08/12/secs-silent-opposition-to-arbitration-bylaws-is-speaking-volumes/*, 25. март 2018.

[41] Jill I. Gross, „The End of Mandatory Securities Arbitration?“, *Pace Law Review* 4/2010, 1174, 1180–1183. Принудне арбитраже у потрошачким уговорима, укључујући и секундарно тржиште хартија од вредности и инцијалне јавне понуде акција (дакле, и пре настанка спора као део типских уговора или уговора по приступу), такође су критиковане у америчкој правној теорији. Вид. A. M. Lipton (2016), 640–641; Richard M. Alderman, „Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law“, *The Journal of American Arbitration* 2(1)/2003, 1–17.

[42] Samuel M. Ward, Michael A. Toomey, The Problems with Mandatory Arbitration of Securities Claims, The Barrack Bulletin, 2017, *http://www.barrack.com/sites/default/files/The%20Problems%20with%20Mandatory%20Arbitration%20of%20Securities%20Claims%20Law360%20Ward.Toomey.pdf*, 25. март 2018.

[43] Вид. Stephen J. Ware, „What Makes Securities Arbitration Different from Other Consumer and Employment Arbitration?“, *University of Cincinnati Law Review* 76/2008, 447–457; David S. Schwartz, „If You Love Arbitration, Set it Free: How 'Mandatory' Undermines Arbitration“, *Nevada Law Journal* 8(1)/2008, 400–422; S. J. Ware (2006), 251–293.

[44] Генерално, Врховни суд САД-а је изричитог става да се „питањима арбитрабилности мора посветити са здравим погледом федералне политике подршке арбитраже“. Вид. Laurence Shore, „The United States' Perspective on 'Arbitrability'“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009,

ропских земаља које на то питање гледају опрезније и у погледу дозвољавања арбитражног спора и у погледу постојања више ограничавајућих правила која се односе на валидност арбитражних уговора (компромисорна клаузула) који укључују економски слабију уговорну страну. Уз то, право и пракса европских земаља имају и доста процедуралих правила која се тичу изводљивости арбитражног решавања спорова у које је укључена слабија уговорна страна, како би се омогућили процедурална равоправност, правичност и поштење (питање арбитражних трошкова, прикупљање доказа, сазнавање садржаја права које се примењује) и тиме осигурала равноправност страна и у материјалноправном и у процесноправном смислу.[45]

Право Европске уније[46] и пракса Европског суда правде[47] промовисали су институт неправичних уговорних клаузула („*тест правичности*“), сходно којем се у случају потрошачких уговора у којима је на другој страни од професионалца економски слабија уговорна

68–83; посебно: Врховни суд САД-а је у више наврата заузео став о валидности арбитражних клаузула (*AT&T Mobility v. Concepcion*, *American Express v. Italian Colors*) у потрошачким уговорима, чак и ако их ефективно преклудирају у извршењу законских права (стицање акција после измене конститутивног акта компаније у који је укључена арбитражна клаузула са дејством и према каснијим стицаоцима и без пружања доказа тражења сагласности купца, с претпоставком упознатости са таквом клаузулом на коју се позивао цертификат о акцијама). Отуда, иако се SEC традиционално супротставља принудним акционарским арбитражама, корпорације могу да воде поступке против одлука SEC све до Врховног суда (са великим изгледима на успех код таквог стања ствари). Вид. Alison Frankel, Shareholders Beware: Federal Judge OKs Corporate Arbitration Clause, Reuters, 2014, *http://blogs.reuters.com/alison-frankel/2014/03/27/shareholders-beware-federal-judge-oks-corporate-arbitration-clause/*, 25. март 2018.

Интересанто је, међутим, да је, не тако давно, држава Делавер променила свој корпорацијски закон (*The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, 2015, *par*. 115) и забранила корпорацијама да укључују мандаторне арбитражне клаузуле у своје оснивачке акте или статуте, најмање до нивоа у коме те клаузуле искључују да „интеркомпанијскоправни спорови“ буду покренути пред судовима Делавера. Ипак, остаје проблем, посебно у случају да SEC евентуално промени став, са споровима из домена тржишта хартија од вредности који нису „интеркомпанијскоправни“. Изражава се очекивање да ће амерички Врховни суд, најзад, ограничити експанзивну примену америчког арбитражног закона (FAA) и зауставити ход ка мандаторним арбитражама и тиме спречити корпорације да коришћењем мандаторних арбитражних клаузула у конститутивним актима спрече акционаре да подижу компанијскоправне тужбе пред судовима. Вид. S. M. Ward, M. Toomey.

[45] Више: Milena Đorđević, Marko Jovanović, „Access to Arbitration by Economically Weaker Parties“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017, 77–94; Aleš Galič, „Establishing an Out-of-Court Mechanism for the Resolution of Consumer Disputes“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017, 95–117.

[46] *Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, 93/13/EEC, 5 *April* 1993.

[47] *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero*, C-240/98; *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Christina Rodrigues Nogueira*, C-40/08 и други.

страна (при чему се таквом не сматра сваки потрошач јер има потрошача који су исте економске снаге као и друга уговорна страна која је редовно професионалац), која кумулативно испуњава уз то и неке друге услове (правно неука и неупућена у дате послове, неинформисана и приступа уговору који је унапред саставила друга уговорна страна – типски уговор, уговор по приступу, општи услови пословања)[48], у ком случају се испитује правичност, односно неправичност укључене компромисорне клаузуле.[49] Правило је да се *компромисорне клаузуле* о арбитражном решавању спора из таквих потрошачких уговора проглашавају материјалноправно *ништавим* (посебно ако је седиште арбитраже у другом месту од седишта или пребивалишта потрошача, ако арбитража изазива веће трошкове за потрошача, ако су утврђена друга рестриктивна права за потрошача и слично), с тим што су уговорене арбитраже обавезне да *ex officio* пазе на такву ништавост и да ускрате своју надлежност у таквим случајевима.[50] С друге стране, у случају кад је у предметном потрошачком уговору настао спор, сматра се, *у принципу, ваљаним уговарање (компромис) надлежности арбитраже* (посебно институционалне, где потрошач има времена да се информише о правилима по којима се она води и где је, у принципу, равноправна уговорна страна, за разлику од *ad hoc* арбитраже, која је у том погледу упитна). Из истих разлога, у принципу се сматра да је, ако испуњава тест правичности (ненарушавање уговорне равнотеже и равноправности страна уз минималне стандарде заштите потошача), *правноваљан и посебан уговор са једином клаузулом о надлежности арбитраже*, па и кад је закључен при закључењу предметног потрошачког уговора (лакша доступност и свесност постојања таквог уговора).[51]

5. СИСТЕМИ УРЕЂЕЊА ОБЈЕКТИВНЕ АРБИТРАБИЛНОСТИ ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Арбитрабилност у области интеркомпанијскоправних спорова варира од земље до земље[52], па чак и у истој земљи може варира-

[48] Вид. Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 86–114.

[49] У шведском арбитражном закону (*The Swedish Arbitration Act*, *SFS* 1999:116, *Section* 6, *par*. 1) компромисорне клаузуле укључене пре настанка спора у потрошачки уговор немају правну ваљаност.

[50] D. S. Schwartz, 420–422.

[51] То изричито прописује: *German Code of Civil Procedure* (2005, 2013), чл. 1031 (5). За потрошачке спорове у области права осигурања више: Н. Петровић Томић, 86–114.

[52] Питање арбитрабилности је углавном под контролом националних судова и закона јер је упитно да ли међународни или транснационални појам арби-

ти у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.[53] Тренду развоја наклоности ка арбитражи (институционалној или *ad hoc*)[54] већ дуже времена доприноси повећан број арбитражних спорова на међународном нивоу, и у домену комерцијалних арбитража и у домену инвестиционих арбитража, што је узроковало да и национални нивои држава постану више пријатељски расположени према арбитражи. Ипак, тај тренд не значи и униформност гледања на потребе ширења домена објективне арбитрабилности. У том погледу, чини се, могуће је идентификовати неколико праваца – система.

Први систем, систем САД-а, одликују скоро универзална арбитрабилност (посебно постојање претпоставке арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова)[55] и ерозија тзв. *domaine reservé* државних судова[56] (арбитрабилност, и у домаћим, а посебно у међународним арбитражама, постаје све више правило а не изузетак, чиме се јавни поредак као империјум државе све више сужава – *the principle of favour arbitris*).[57] Том систему су блиске и арбитражне праксе многих других земаља које објективну арбитрабилност,

---

трабилности уопште и постоји. Ипак, иако национални концепт, арбитрабилност има међународни развој. Вид. Loukas A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 1, 6.

53 G. Born (1067–1179) прави у том погледу поделу на земље „*pro-arbitration presumptions*“ (САД, Енглеска, Швајцарска, Немачка, Италија, Канада), земље „*restrictive presumption*“ и земље „*no pro-arbitration*“ или „*restrictive presumption*“. Лепезу покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности“, вид. у Loukas A. Mistelis, 4–6.

54 О развоју и ширењу домена арбитрабилности види нарочито: G. Born, 766–788; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 347–373; Jan Paulsson *et al*., „Arbitrability special issue“, *Arbitration International*, *The Journal of the London Court of International arbitration* 2/96, iii–ix.

55 Mark Berger, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review* 56(3)/2004, 800–805.

56 Својим одлукама Врховни суд САД је драстично смањио обим јавног поретка као препреке арбитрабилности, чиме је знатно проширено поље арбитрабилних спорова (обухвата чак и *non-core* стечајне поступке), што је „арбитражу померило од трговачког суда ка грађанском суду опште надлежности“. Вид. S. J. Ware (1999), 716–718; M. Berger, 753–805.

57 У САД се сматра да је дуготрајна судска ненаклоност арбитражи почела да се окончава доношењем Федералног арбитражног закона (FAA, 1925). Вид. Joseph T. McLaughlin, „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International*, *The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/96, 113–136; T. Varady *et al*., 220–266; T. Alexander Brabant, Maxime Desplats, Serena Salem, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law* 12(3)/2015, 144–150.

укључујући и интеркомпанијскоправне спорове[58], решавају генералном формулом (ретко лимитативно или набрајањем појединачних случајева) могућности уговарања арбитраже „за решавање спорова који се тичу права којима странке могу слободно располагати"[59] (*argumentum a contrario*, права којима се не може слободно располагати, попут личних – грађанских права, као део јавног поретка – империјум државе, нису ни арбитрабилна). Иако је реч о формули која није прецизније дефинисана, ипак нема спора да су то имовинска права, којима се, као таквима, може слободно располагати, па и у смислу уговарања надлежности арбитраже (институционалне или

[58] Тако у француском праву и пракси објективна арбитрабилност корпоративних спорова обухвата: спорове који су произашли из уговора чланова (акционара) друштва, спорове из продаје удела или акција друштва нејавним путем (чак и ако продаја није предузета у вези са професионалном делатношћу), спорове из поништаја одлука скупштине друштва, спорове о одговорности чланова органа друштва по основу тужби друштва или чланова друштва деривативним тужбама за друштво (*The Court of Appeals Paris* одбио је захтев за поништај арбитражне одлуке, сматрајући спор арбитрабилним на основу арбитражне клаузуле у статуту друштва, 7 *October* 2014, *n*. 13/09282), спорове из именовања *ad hoc* управника-заступника друштва у случају блокаде рада органа друштва ради сазивања скупштине друштва или гласања уместо несагласних мањинских чланова друштва, ништавост компаније, престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка. Вид. T. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 148–150.

У Енглеској (и Велсу) основни принцип арбитражног закона (*Arbitration Act*, 1996, *Chapter* 23, чл. 1) јесте слобода уговорних страна да, уз ограничење јавног поретка, уговоре што год желе, укључујући пожељни форум решавања спора. У складу с тим принципом корпоративни спорови се сматрају арбитрабилним, у складу са закљученим арбитражним уговором који има релативно дејство (само према уговорним странама, а не и према трећим лицима). Одговарајући први прецедент на ком је заснован тај став је: *Fulham Football Club (1987) Ltd. V. Richards*. Енглеска законодавна комисија је 1996. године предложила да арбитражна клаузула буде саставни део оснивачког акта компаније, али се даље од тог предлога није отишло јер су две ствари фигурирале као нејасне: питање заступања акционара у арбитражном процесу и како права акционара који нису укључени у процес могу бити погођена исходом арбитраже. Вид. James Carter, Sophie Payton, „Arbitration and Company Law in England and Wales", *European Company Law* 12(3)/2015, 138–143. Интересантно је да је број корпоративних спорова (*class actions, derivative actions, disputes concerning takeover bids, disqualification of directors and others*) у Великој Британији значајно мањи него у САД. Вид. John Armour *et al.*, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States", *Journal of Empirical Legal Studies* 6(4)/2009, 687–722.

[59] Вид. Француска (*Code civil*, 1804, чл. 2059–2060); Швајцарска (*Federal Code on Private International Law*, 1987 – „*any pecuniary claims may be submitted to arbitration*", *art*. 177(1); Шпанија (*Arbitration Act*, 60/2003, 11/2011, *art*. 2); Немачка (*Arbitration Act, Tenth Book of the Code of Civil Procedure* – „*any claim involving economic interest*", *section* 1030–1); Аустрија (*Arbitration Amendment Act*, *BGBI* No. 7/2006, 118/2013 и *amended Code of Civil Procedure*, *RGBI*, No. 113/1895, *par*. 582); Хрватска (*Zakon o arbitraži*, *Narodne novine RH*, бр. 88/2001, чл. 3, ст. 1); Словенија (*Zakon o arbitraži*, *Uradni list RS*, бр. 45/08, чл. 4–1).

ad hoc, домаће или и стране – то је домен националних закона) за решавање спорова (доминантност приватног интереса).[60]

Други систем представљају арбитражна права земаља (попут Русије) које у домену интеркомпанијскоправних спорова изричито постављају принцип арбитрабилности тих спорова, с тим што као изузетак формулишу листу неарбитрабилних спорова (као што су, на пример: стечајни спорови, спорови поводом законитости управних аката регулаторних тела, спорови поводом питања од јавног значаја, спорови поводом сазивања скупштине акционара, оспоравање аката нотара у компанијском праву, спорови из откупа акција од саме компаније, спорови поводом стицања преко 30% акција јавних акционарских друштава, спорови акционара у компанијама од стратешког значаја), уз претходну деобу тих спорова на три категорије: прво, спорови који укључују јавни елемент (спорови у вези са регистрацијом привредног друштва, спорови око искључења акционара) – ти спорови нису арбитрабилни; друго, спорови који укључују само уговорне стране (на пример, куповина акција) – ти спорови су арбитрабилни, али само у случају институционалних арбитража; треће, спорови који укључују велики број учесника (на пример, оспоравање одлука скупштине акционара) – ти спорови су арбитрабилни под одређеним условима (дужност информисања свих учесника у поступку, давање права акционарима да буду учесници или умешачи у поступку и слично).[61]

Најзад, чини се да посебан, у свему неузоран, систем представља српско компанијско и арбитражно право. Наиме, српски специјални арбитражни закон упоредноправно доминантној формули уређења арбитрабилности на општем плану, тиме у принципу и уређења арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „осим спорова за које је одређена *искључива* (курзив: аутор) надлежност суда“.[62] Са становишта тог закона то

[60] У аустријској теорији се истиче да су интеркомпанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, при чему се додаје да се арбитражне клаузуле често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41; исто и у Немачкој: Hilmar Raeschke-Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmBH)“, *Association Suisse de l' arbitrage Bulletin* 14(3)/1996, 355. Ипак, проширивање домена арбитрабилности у аустријским правним изворима на „све новчане захтеве“, како је то објашњено у пратећим материјалима, не може се схватити као обухват свих интеркорпорацијских спорова, те отуда одређене контроверзе ипак остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид. N. Pitkowitz, 33–34.

[61] Доступно на: *https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration-/global-legal-insights–-international-arbitration-3rd-ed./russia*, 25. март 2018.

[62] ЗА, чл. 5, ст. 1.

и не представља посебан проблем јер таква искључива надлежност постоји и у другим земљама, али проблем настаје због тога што српски компанијскоправни закон (додуше у контексту уређења месне надлежности али у заједници са законом који уређује надлежност судова и стварну надлежност), за разлику од таквих закона већине других земаља, прихвата ту формулу као такву за све компанијскоправне спорове. Наиме, наслањајући се на ту формулу, матични компанијскоправни закон Србије прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произилазе из овог закона, *надлежан је суд* (курзив: аутор) одређен законом којим се уређује надлежност судова[63], према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда."[64]

У окружењу такве правне инфраструктуре остаје отворено правно питање које је право значење таквог одређења појма „искључиве надлежности" државних судова за све компанијскоправне спорове? Да ли је та „стварна надлежност" из компанијског закона и закона који уређује судове „искључива надлежност" из специјализованог арбитражног закона? Ако је *ratio legis* прописивања такве надлежности привредног судства за све интеркомпанијскоправне спорове који произилазе из закона који уређује све форме привредних друштава било искључење могућности уговарања надлежности домаће арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова, мотивисан разлозима јавног поретка[65], онда би то значило да приватноправни субјекти који настају вољом приватноправних власника капитала не могу својом вољом одредити форум решавања потенцијалног спора из приватноправног уговора. Такав став би водио изједначавању појма јавног поретка са институтом императивних норми[66], што је, као анахрона концепција, одавно напуштен си-

---

63 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС,* бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, за све спорове из Закона о привредним друштвима и спорове поводом примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и за спорове о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности и прописа о престанку привредних субјеката прописује *стварну надлежност* привредног и привредног апелационог суда (чл. 25 и 26).

64 ЗОПД, чл. 7.

65 О лимитираном значају јавног поретка за арбитрабилност, али и даљем постојању забринутости да ли арбитри као приватни пресудитељи могу бити погодни да открију право значење јавног поретка (јавне политике), као што су то националне судије, са сугестијом да то могу подједнако чинити и особе у служби државе, као и особе у служби страна у спору, вид. S. Brekoulakis, 20–32.

66 У погледу ексклузивне надлежности државних судова, еволуција у прилог арбитрабилности, која иде чак и до претпоставке арбитрабилности (као у САД)

стем одређења тог појма.[67] Отуда нам се чини, ипак, да *ratio legis* такве норме српског компанијскоправног законодавца (у заједници са законом који уређује судове) није у искључењу могућности уговарања арбитражног уговора и тиме ставу о неарбитрабилности компанијскоправних спорова[68] већ у потреби утврђивања стварне надлежности тог судства (као и посредно месне надлежности) за све спорове „покривене" тим законом, без обзира на то да ли су странке привредни субјекти или не (члан привредног друштва као физичко лице) са циљем атракције надлежности код специјализованог судства, имајући у виду њихову истоветну природу, независно од природе странке (у противном, за спорове исте природе и са истим основом били би стварно надлежни различити судови, и специјализовани за привредне спорове и неспецијализовани судови опште надлежности). У поводу предметне арбитражне одлуке, у складу с општим правилима арбитражног права, остаје могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Таква интерпретација компанијскоправног закона (и закона који уређује надлежност судова) ипак не би отклонила потребу да се то питање постави са становишта норме и њене функције неспорним[69] у првој промени предметних закона, како би аутономија воље приватноправних субјеката имала свој изражај и у избору форума решавања спора (уз лимитативно рестриктивно искључење арбитрабилности спорова који су у фокусу јавног поретка). У противном, став или тумачење норме

може се видети на примеру Шпаније, која важи за земљу са либералним прилазом арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова. „Чак и ако је неко питање подвргнуто императивним нормама, оно може бити предмет арбитраже са обавезом арбитара да поштују ова правила." Тако M. P. Perales Viscasillas, 45.

67 Мирко Васиљевић, „Arbitrability ratione materiae in company law", *Правни живот* 11/2017, 52–56.

68 „Сама чињеница да закон предвиђа да се одређена категорија спорова мора решавати пред судом не елиминише *eo ipso* предмет спора као неарбитрабилан. Потребно је да значај заштитног добра одобрава задржавање судског монопола, односно да је само суд у стању својом пресудом да креира жељено правно стање." Тако А. Јакшић, 243.

69 Отклањање било којих дилема око (не)арбитрабилности изузетно је важно за правну сигурност учесника арбитражног спора, с обзиром на то да је то битан елемент арбитражног уговора (пуноважност предмета арбитражног спора), те тиме значајан за његову пуноважност, за заснивање надлежности арбитраже, а такође може бити основ поништаја арбитражне одлуке или одбијања признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Вид. Piero Bernandini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters", Supplement No. 48, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Kluwer Law International, The Hague 2007, 5–7; S. L. Brekoulakis, 38–43; Charalambos Pamboukis, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 120–142.

да је неарбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова правило у српском праву (још и без изузетка) био би само сигуран пут за анахронизам и изолационизам, а са становишта интереса инвеститора и економије земље, због познатих предности арбитражног решавања привредних спорова у односу на судско решавање (посебно: флексибилност, мања конфликтност и формалност, поверљивост – посебно код затворених форми друштава са *intuitu personae* природом, афирмација аутономије воље приватних инвеститора и на овом плану – у условима глобализације светских токова капитала, отклањање могућег неповерења страног инвеститора у домаће судове, олакшано признање и извршење страних арбитражних одлука, економија времена), то би било и антиразвојно. Уместо тога, правило мора бити управо супротно: интеркомпанијскоправни спорови приватноправних субјеката су арбитрабилни, али уз прописане изузетке (попут: спорови из регистрације привредних друштава и ништавости оснивања друштва,[70] престанак привредних друштава стечајем,[71] спорови поводом управноправних аката регулаторних институција и организација, спорови из продаје акција иницијалним јавним понудама или на секундарним тржиштима акција непрофесионалним инвеститорима,[72] спорови јавних акционарских друштава – посебно са великим бројем акционара из процедуралних разлога, спорови инфраструктурног, стратешког и регулаторног сектора и слично).[73]

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове), као бране арбитрабилности, иначе је доживело значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (привредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.[74] Последњи трендови, међутим, у

[70] У француском праву судска пракса и теорија су дуго одбијале да прихвате арбитрабилност спорова из ништавости оснивања привредног друштва, да би на крају француски Касациони суд прихватио арбитрабилност и тих спорова (*Cass. Comm.*, 9 *April* 2002, *n*. 98–16.289).

[71] У француском праву су престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка арбитрабилни (*Cass. Com.*, 30 *Jan.* 1967, *Bull.* N72), док је стечај у искључивој надлежности државних судова. Вид. T. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 150.

[72] Та искључења постоје и у француском праву: T. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 150.

[73] У упоредној пракси има више разложних и разумних примера ускраћивања давања концесије уговореном арбитражном форуму и поред постојања арбитражне клаузуле, те прихватања надлежности националних судова у случају злоупотребе права већине и „*oppression and mismanagement of minority shareholders' rights*". Тако су судили судови Канаде, Индије, Сингапура. Вид. L. Markert, 35–37.

[74] Тако је, на пример, судио немачки Федерални врховни суд (BGH) педесетих година прошлог века. Вид. H. Raeschke-Kessler, 355.

овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити само по себи искључивање арбитрабилности таквих спорова[75] јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима“, те би искључивање арбитрабилности таквих спорова морало бити учињено изричито. То би у првом реду требало да буду питања у вези са правима којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног – државног интереса.[76] Управо такву еволуцију је доживело питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима (као и због чињенице да судска одлука о поништају такве одлуке има дејство *inter erga omnes* – на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не, као својеврстан изузетак на дејство судске одлуке само на учеснике поступка[77], што арбитражна одлука ни у ком случају не би могла да има), док се данас на то питање гледа углавном као на арбитрабилно јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.[78]

[75] У швајцарском праву (*Swiss Federal Statute on Private International Law*, *art*. 176–194) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама; то изгледа следи и из: *La Loi fédérale complétant le Code civil suisse* (1911, *art*. 706); у Хрватској се у том смислу јасно изјаснио матични арбитражни закон – домаћа арбитража (само међународна арбитража се не може уговорити ако је прописана искључива надлежност суда, као и ако су стране у спору домаћи привредни субјекти – независно од тога да ли су њихови значајни или контролни власници инострани субјекти, али то није препрека за уговарање надлежности домаће арбитраже, за чије уговарање више није негативна сметња „искључива надлежност судова“, ако то евентуално није на основу изричитог искључења посебним прописом. Вид. Alan Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu“, *Pravo u gospodarstvu* 41(2)/2002, 69 и даље; Mihajlo Dika, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu* 38(1)/1999, 25–42.

[76] Вид. ЗА, чл. 10, ст. 1, тач. 1, чл. 58, ст. 2, тач. 1 и чл. 66, ст. 2, тач. 1; Модел закон, документ УН А/40/17, Анекс I, чл. 34 (6) (I) и чл. 36 (6) (I); Њујоршка конвенција, чл. V (1) (c), (2) (a) и (b) – вид. Domenico Di Pietro, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 84–98; Европска конвенција, чл. IX.

[77] У Немачкој је правни основ за такво дејство судске одлуке (нејасно је да ли се односи и на дејство арбитражне одлуке – коришћен је израз *judgments*): *Stock Corporation Act* (AktG), *sec*. 248, *par*. 1, *sentence* 1.

[78] Ипак, национални закони не гледају на то питање јединствено: у француском праву спорови из поништаја одлука скупштине компаније су арбитрабилни (Daniel Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993, 124); с друге стране, против арбитрабилности спорова за поништај тих одлука изјаснио се турски 11th *Civil Division of the Court of Appeal*, 5/12/2012, *File* No. 2011/13485, *Decision* No. 2012/19915. Вид.

6. МУЛТИСТРАНАЧКА ПРИРОДА ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Интеркомпанијскоправни спорови, посебно код јавних акционарских друштава, могу обухватати и велики број учесника, те ти спорови, иако иначе арбитрабилни, могу бити неарбитрабилни из практичних разлога. Аргумент против арбитрабилности таквих компанијскоправних спорова је и потенцијално дејство арбитражних одлука на трећа лица. Наиме, компанијскоправна одлука може имати једино дејство на приватне интересе акционара који су учествовали у поступку и који су „покривени" арбитражним уговором (релативно дејство арбитражне одлуке између страна). Арбитражна одлука из компанијскоправног спора не може имати дејство на трећа лица, укључујући и приватне интересе других акционара који нису учествовали у поступку, иако су били обухваћени арбитражном клаузулом, као ни у односу на остала трећа лица која чак и нису била обухваћена арбитражном клаузулом (немогућност апсолутног дејства арбитражне одлуке – *inter erga omnes – in rem, res iudicata* дејство, без могућности за „*opt-out*"). У таквим случајевима може се десити да други чланови друштва[79] обухваћени арбитражном клаузулом, али

Ismail Esin, Özgün Celebi *et al*., „Arbitrating M&A Disputes", *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, 271.

У немачком праву Федерални врховни суд (BGH) се прво (у марту 1996), тумачећи предметну одредбу акционарског закона (AktG, *sec*. 248, *par*. 1, *sentence* 1) изјаснио да се она односи само на државне судове и да су стога спорови за поништај одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу (*GmbH*), чији је оснивачки акт садржао арбитражну клаузулу, неарбитрабилни (*Arbitrability I*), сматрајући да закон не обезбеђује механизам за учешће свих чланова друштва и чланова органа друштва у именовању арбитара за јединствен арбитражни поступак, као што не обезбеђује механизам против покретања других арбитражних поступака других чланова друштва или, пак, покретања другог судског поступка паралелног арбитражном поступку (додајући том и аргумент могућности дејства само судске одлуке *inter erga omnes*, а не и арбитражне одлуке). Та одлука највишег суда била је подвргнута оштрој критици, уз давање конкретних предлога (модела арбитражне клаузуле за те потребе) решавања наведених процедуралних сметњи за арбитрабилност поништаја одлука скупштине тог друштва. Коначно (април 2009), немачки Федерални врховни суд (BGH) одустао је од става израженог у предметној одлуци и заузео потпуно супротан став – одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу су арбитрабилне и имају као и судске истоветне одлуке *inter erga omnes* дејство на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у арбитражном поступку, под условом да су испуњени одговарајући процедурални (пред)услови утврђени том одлуком највишег суда (*Arbitrability II*). Интересантно је истаћи да је такав став заузет иако немачки закон који уређује акционарска друштва (AktG, *par*. 246), а који се у том домену примењује и на *GmbH*, то питање сврстава у искључиву надлежност државних судова. L. Markert, 37–38, 42–48; H. Raeschke-Kessler, 356; J. Kraayvanger, M.C. Hilgard.

[79] Арбитрабилност тих спорова код јавних акционарских друштава, иако теоријски могућа, због великог броја учесника, што је правило код тих друштава,

који нису учествовали у арбитражном поступку, поведу други арбитражни поступак и добију другачију арбитражну одлуку.

Најчешће се питање дејства арбитражне одлуке на трећа лица (неучеснике поступка) поставља код одлука скупштине привредног друштва капитала и у случају колективних тужби типа *class action* (кад неки акционари исте класе не учествују у поступку – проблем дејства одлуке *res iudicata* према њима).[80] За вођење таквих поступака (арбитраже класе, арбитраже групе, колективне арбитраже) неопходно је поштовање свих правила која важе за *вишестраначку арбитражу*[81] – правило једнаког третмана.[82] Немачки Федерални врховни суд (BGH), у изузетно утицајној одлуци (*тзв. Arbitrability II*), управо да би отклонио неарбитрабилност поништаја одлука скупштине компаније (тзв. *Arbitrability I*), заузео је одређене ставове – потребне претпоставке за валидност арбитражних одлука о поништају одлука скупштине компаније[83]: 1) учешће свих страна у закључењу арбитражног уговора у уговору о оснивању друштва или у посебном пратећем уговору (у коме и компанија заступана од управе друштва мора бити страна)[84], 2) учешће свих чланова друштва (као и компаније) у поступку конституисања арбитражног већа, и на страни тужиоца и на страни туженог (то је увек сама компанија, али јој се могу придружити и неки чланови друштва), о чему морају бити унапред обавештени и мора им се пружити једнака могућност учешћа (арбитражна клаузула мора омогућити избор коарбитара, ако је на страни тужиоца и туженог више лица, и већинском вољом[85], 3) омогућавање равноправног учешћа свим члановима друштва, као и

скоро да спада у домен научне фантастике – тешкоће обезбеђења принципа једнаког третмана акционара у потенцијалном арбитражном поступку (осим код друштава са малим бројем акционара). Тако Christian Borris, „Collective Arbitration: The European Experience – Germany and the DIS Supplementary Rules of Corporate Law Disputes“, *Class and Civil Group Actions in Arbitration* (eds. Bernard Hanotiau, Eric A. Schwartz), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, 83; N. Pitkowitz, 43; P. Klein, 45–47.

[80] За немачко право, вид. Ch. Borris, 80–87.

[81] Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41.

[82] Вид. А. Јакшић, 354–370; Душица Палачковић, „Множина процесноправних односа у арбитражном поступку“, *Арбитража* 2003, 85–96; посебно: *ICC Arbitration Rules* 2017, *Art*. 7–9.

[83] BGH, *docket no*. II ZR 124/95 (*Arbitrability I*) и BGH, *docket no*. II ZR 255/08 (*Arbitrability II*). Вид. J. Kraayvanger, M. Hilgard.

[84] Уговорна природа арбитраже (а мање јавни поредак) у основи је и најчешћи стварни разлог за неарбитрабилност неких интеркомпанијскоправних спорова (код стечаја, на пример, због практичних тешкоћа обухвата уговорном клаузулом о арбитражи свих поверилаца, или код побојности-ништвости одлука скупштине јавног акционарског друштва због практичне немогућности обухвата свих акционара), који разлог не стоји код надлежности судова. Вид. S. Brekoulakis, 34–37.

[85] Вид. P. Klein, 50–51.

члановима органа друштва у арбитражном поступку, о чему морају бити обавештени – захтев за арбитражу мора се доставити свим члановима друштва, као и самом друштву и његовим заступницима, и сви морају бити позвани на учешће у поступку, и на страни тужиоца и на страни туженог (редовно је компанија), и то у утврђеним роковима – довољна је могућност (*the right to be heard*), 4) концентрација одлучивања у једном арбитражном поступку и пред једним арбитражним већем, како би се донела само једна арбитражна одлука која обавезује све чланове друштва, компанију и њене заступнике (арбитражна клаузула мора искључити паралелне арбитражне поступке и могућност конфликтних одлука – арбитражна клаузула мора обезбедити одговарајући механизам за то – спајање и консолидација поступака).[86] Сва та правила арбитражног поступка код вишестраначких арбитража, какви су по правилу интеркомпанијскоправни спорови, могла би да садрже и институционална правила арбитраже пред којом се ти поступци воде[87], која би у том смислу требало да садрже и препоручену арбитражну клаузулу, како би се смањио ризик вођења поступака поништаја тих арбитражних одлука по тим основима.[88] Испуњеност тих процесних претпоставки управо отклања питање дејства арбитражне одлуке на трећа лица (*inter erga omnes* дејство), с обзиром на то да тада и није реч о трећим лицима.[89]

[86] Велики број америчких законодавстава дозвољава и принудно спајање (консолидацију), док, ипак, многе америчке државе то дозвољавају само уз сагласност страна које учествују у поступку или ако је то предвиђено у арбитражним уговорима. Вид. Irene M. Ten Cate, „Multy-Party and Multy-Contract Arbitrations: Procedural Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under US Law“, *The American Review of International Arbitration* 15/2004, 133–159; Thomas J. Stipanowitch, „Arbitration and Multi-Party Dispute: The Search for Workable Solutions“, *Iowa Law Review* 72(3)/87, 473–529; „*The Supreme Court (India) recently made an important pronouncement concerning single combined arbitration proceedings and the sustainability of an award rendered in such proceedings when the parties were governed by different arbitration clauses. In PR Shah, Shares and Stock Broker (P) Ltd v BHH Securities, the court considered that it would be proper and just to rule that when one party has a claim jointly against a second and a third party, and when there are provisions for arbitration in respect of both other parties, then can be a single arbitration*“, *http://www.internationallawoffice.com/Account/Login.aspx?ReturnUrl=http%3a%2f%2fwww.internationallawoffice.com%2fNewsletters%2fLitigation%2fIndia%2fAmarchand-Mangaldas-Suresh-A-Shroff-Co%2fCourt-rules-on-single-arbitration-sustained-between-multiple-parties*, 25. март 2018.

[87] Узоран пример таквих правила за те арбитраже су: *DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (DIS SRCoLD*), на снази од септембра 2009, Берлин 2017.

[88] Вид. Ch. Borris, 81–82; N. Pitkowitz, 39–41; P. Klein, 34–45.

[89] Са тим циљем арбитражна пракса решавања мултистраначких интеркорпоративних спорова препоручује: 1) дужност компаније и њених органа да прописно обавесте све учеснике о арбитражном поступку, 2) дужност прописивања у арбитражној клаузули крајњег рока за изјашњење свих учесника да ли ће учествовати у арбитражном поступку као страна (супарничар, умешач) или не и 3) дужност одређивања у арбитражној клаузули трећег независног лица које ће именовати арби-

Коначно, чињеница да бројне одлуке скупштине компаније морају да буду уписане у одговарајуће регистре и објављене сматра се и посебним разлогом против арбитрабилности тих одлука. Ако и арбитражне одлуке у смислу одлуке немачког Федералног врховног суда (БГХ) имају *inter erga omnes* дејство, као и одговарајуће судске одлуке (дејство према свим члановима друштва, компанији и заступницима друштва, па и према онима који нису учествовали у арбитражном поступку али су прописно обавештени и дата им је таква могућност, што је уосталом и дејство колективних тужби), онда се тај проблем елиминише. Тако је поступило шпанско право, што, чини се, није случај дејства судских и арбитражних одлука у српском праву (хоризонтално дејство одлука само према учесницима поступака као правило)[90], осим ако се таквим дејством (изузетак од правила што би могао да буде узор за те потребе) не сматра дејство колективних тужби компанијског права (чија правна судбина „виси" због проглашења неуставним одељка закона који уређује парнични поступак, а који се односи на колективне тужбе).[91]

7. БУДУЋНОСТ АРБИТРАЖЕ У ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИМ СПОРОВИМА

Последње деценије обележава значајно проширење домена арбитрабилних спорова, што се може окарактерисати као универзални

тра (и председника већа) у случају да нема споразума свих страна учесника. Вид. N. Pitkowitz, 42–43.

[90] Упор. *Spanish Civil Code of Procedure*, *Law* No. 1/2000, No. 5/2012, No. 16/2015, *art*. 222(3); српски Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/13, 74/13 и 55/14, чл. 361 (дејство пресуде према странкама, укључујући и супарничаре – чл. 209). Вид. и N. Pitkowitz, 31–32, 36. Иако је решење истоветно и у аустријском процесном праву, али уз додатак „ако другачије није прописано у закону", компанијски прописи (*Limited Liability Company Act*, *RGBI*, No. 58/1906, 10/91, *Sec*. 42. *par*. 6; *Stock Company Act*, *BGBI*, No. 98/1965, 71/09, *Sec*. 198. *par*. 1) утврђују правило да одлуке скупштине друштва имају дејство према свим члановима друштва, чак и ако нису учествовали као странке у поступку њиховог поништаја (побијања), али су учесници закључења арбитражног уговора.

[91] Српско материјално право које регулише привредна друштва (ЗОПД, чл. 476, ст. 4 и 5), наиме, прописује обавезу привредног друштва да свим несагласним акционарима исплати прописану цену акција (независно од чињенице да ли су поднели тужбу или не), као и акционару исте класе који је водио судски поступак и добио правноснажну судску одлуку, али ако друштво добровољно тако не поступи, сваки несагласни акционар за остварење тог права морао би поднети тужбу суду (према парничним прописима дозвољено је и супарничарство). Вид. Бранка Бабовић, „О увођењу групне тужбе англосаксонског права у права држава чланица ЕУ", *Право и привреда* 4–6/17, 521–532.

тренд објективне арбитрабилности као правила.[92] То свакако важи и за интеркомпанијскоправне спорове, што је важно са становишта поверења инвеститора и њихове веће покретљивости, како би прокламована слобода кретања капитала и људи, као универзалне слободе, била неспутана потребом ширења домена слободе уговорне воље и на плану надлежне уговорене арбитражне институције за решавање потенцијалних спорова. *In favour arbitration trend* није више толико спутан (бар као тренд) разлозима „јавних политика" у сфери императивних норми, јавног поретка, искључиве надлежности националних судова и слично (дакле, материјалноправним питањима – ипак посебно актуелан изузетак је потреба тражења одговора за неспорно решење сукоба уговорног и компанијског права у сфери арбитражног уговора као дела конститутивних аката компаније, а у одређеној мери и сукоб права јавних акционарских друштава и потрошачког права), колико практичноправним и процесноправним питањима закључења арбитражног уговора у случају постојања више потенцијалних уговорника, питањима дејства арбитражног уговора у случају мултистраначких арбитража, питањима (не)дејства арбитражне одлуке на трећа лица (која нису учесници арбитражног поступка али су изричити или прећутни учесници арбитражног уговора) и слично.

Материјалноправно питање (не)арбитрабилности конвергирало је, поступно, ка процесноправним питањима надлежности и осталим процедуралним питањима. У том погледу, чини се, српско арбитражно и компанијско право остало је и на материјалноправном терену још увек заробљеник превазиђеног широко постављеног стандарда „искључиве надлежности привредних судова". Наравно, и поред таквог тренда, не чини нам се да се већ може рећи да је објективна „неарбитрабилност умрла", иако таквих констатација већ има у правној теорији.[93] У сваком случају, својеврсна „слобода арбитраже, слобода арбитражног решавања и интеркомпанијскоправних спорова" у вези са правима којима стране могу слободно располагати (имовинска права) и где, тиме, приватноправни (економски) интерес (па и кад је страна јавноправни субјект са својим *ius dominium*) доминира, утемељена је и постављена на чврсте ноге. У том погледу предњаче САД (и неке западноевропске земље), где је теорија и пракса већ промовисала принцип „претпоставке арбитрабилности", тако да је, у случају сумње у обухват неког питања арбитрабилношћу, тумачење „*in favour of arbitration*" (у корист арбитраже). Тај принцип се на-

[92] Чини се да је недоумице тог развоја најбоље изразио проф. Варади исказом „*be pro-arbitration, be pro-mediation – but be careful*". Tibor Varadi, „What is Pro-Arbitration Today", *Croation Arbitration Yearbook* 21–22/2014–2015, 23.

[93] Karim A. Youssef, „The Death of Inarbitrability", *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 46–67.

рочито шири у земљама *common law* правне традиције.[94] Занимљиво је да су и француски судови први промовисали појам „међународног јавног поретка“ и принцип аутономије арбитражног уговора, чија ће се валидност процењивати према заједничкој намери уговорних страна, императивним нормама француског права и међународном јавном поретку.[95] Корак даље учинила је Канада, која је практично промовисала „претпоставку сагласности за арбитражу“ у случају изостанка изричитог неприхватања, а по захтеву једне од страна.[96]

„Смрт неарбитрабилности“ свакако још није наступила и тешко је веровати да ће некад наступити, али је извесно да је арбитражно решавање трговачких спорова, па и интеркомпанијскоправних, постало правило а не изузетак, тако да можемо говорити о потреби промене лица савремене арбитраже: од утврђивања који су спорови арбитрабилни треба прећи на систем утврђивања спорова који су неарбитрабилни. Разуме се, улога судова у својеврсној „контролној функцији“ у погледу арбитражних одлука ради заштите јавног поретка и јавног интереса (размеђе доктрина „максималног судског надзора“ и „минималног судског надзора“), у рестриктивно дефинисаним основима, добија значај управо у условима универзализације арбитраже и промовисања својеврсног појма „међународне арбитрабилности“, односно могућности уговорних страна из различитих држава да уговоре арбитражно решавање спора и у случају кад је према предметном националном праву неарбитрабилан. Одбрана националног концепта објективне неарбитрабилности ипак остаје у светлости Њујоршке конвенције у институту извршења, иако, истина, рестриктивно у окружењу „међународне арбитрабилности“. На том путу арбитражно решавање интеркомпанијскоправних спорова има и посебно ограничење које се тиче уговорне природе конститутивних аката привредних друштава, као својеврсне бране за „принудне арбитраже“ (нарочито због непостојања *intuitu personae* природе тих друштава), посебно код јавних акционарских друштава, због наглашене потребе додатне заштите непрофесионалних акционара позајмљеним институтима из сфере потрошачког права. Ипак, код затворених друштава, сукоб уговорног и компанијског права и на том плану могао би се решити и путем доктрине уговора по приступу (првенствено због њихове *intuitu personae* природе) и, додатно, проширењем дејства компанијскоправних правила о заштити несагласних чланова друштва са арбитражном клаузулом прихваћеном већинском вољом (гласова) и на тај основ.

94 *Ibid*., 56–57.

95 *Ibid*., 58–60.

96 *Ibid*., 61–62.

У погледу тог питања, моје коначне препоруке су следеће: прво, тренд ка арбитражи на пољу компанијског права није више толико ограничен (бар као тренд) разлозима „јавног поретка“ већ разлозима који су у природи конститутивног акта компанија. То су разлози због којих национални арбитражни и компанијски закони морају бити јасни у погледу односа између компанијског (теорија већине) и уговорног права (уговорна теорија). Друго, материјално правно питање (не) арбитрабилности поступно је конвергирало процедуралном – ка питању надлежности и другим процедуралним питањима, што мора бити решено са циљем да се избегну препреке у арбитражној пракси на том пољу, законима, процедуралним правилима и арбитражном клаузулом. Треће, ипак, постоји потреба промене приступа савременој арбитражи: уместо да се дефинише који су спорови арбитрабилни, требало би се окренути систему одређивања који спорови нису арбитрабилни. Четврто, арбитражне институције имају потребу доношења посебних додатних правила за корпоративне спорове (интерне), следећи пример водеће немачке арбитражне институције (DIS). Пето, састављачи арбитражних клаузула у конститутивном акту компаније морају обратити више пажње на „покривање“ свих интеркомпанијских спорова и свих акционара – „старих“ и „нових“, као и обухватање свих чланова компанијских тела – „актуелних“ и „будућих“.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Abraham, K. S., Montgomery, J. W., „The Lawlessness of Arbitration“, 2012, *http://ssrn.com/abstract_id=353340*, 25. март 2018.

Alderman, R. M., „Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law“, *The Journal of American Arbitration* 2(1)/2003.

Allen, C. H., „Bylaws Mandating Arbitration of Stockholders Disputes?“, *Delaware Journal of Corporate Law* 39(3)/2014.

Anglani, A., Liguori, F., „Italy’s New arbitration Laws“, *The European Arbitration Review* 2007.

Антић, О., *Облигационо право*, Београд 2007. (Antić, O., *Obligaciono pravo*, Beograd 2007)

Armour, J. *et al.*, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies* 6(4)/2009.

Бабовић, Б., „О увођењу групне тужбе англосаксонског права у права држава чланица ЕУ“, *Право и привреда* 4–6/17. (Babović, B.,

„O uvođenju grupne tužbe anglosaksonskog prava u prava država članica EU“, *Pravo i privreda* 4–6/17)

Ben-Shahar, O., „The Paradox of Access Justice and its Application to Mandatory Arbitration“, *The University of Chicago Law Review* 83(4)/2016.

Berger, M., „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review* 56(3)/2004.

Bernandini, P., „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, Supplement No. 48, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. J. Paulsson, L. Bosman), Kluwer Law International, The Hague 2007.

Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, Volume 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Borris, Ch., „Collective Arbitration: The European Experience – Germany and the DIS Supplementary Rules of Corporate Law Disputes“, *Class and Civil Group Actions in Arbitration* (eds. B. Hanotiau, E. A. Schwartz), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.

Brabant, T. A., Desplats, M., Salem, S., „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law* 12(3)/2015.

Brekoulakis, S. L., „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Carter, J., Payton, S., „Arbitration and Company Law in England and Wales“, *European Company Law* 12(3)/2015.

Choi, A. H., Min, G., „Amending Corporate Charters and Bylaws“, 2017, *http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1898/*, 25. март 2018.

Coffee, J. C., „The Death of Stockholder Litigation?“, *The National Law Journal*, 13 February 2012.

Cohen, D., *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993.

Costa Braga de Oliveira, P. A., „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, 2007, *http://ssrn.com/abstract=1673008*, 25. март 2018.

Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Paris 2006.

Цукавац, М., „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража* 2001. (Cukavac, M., „Sadržina arbitražnog ugovora“, *Arbitraža* 2001)

Цукавац, М., „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража* 2003. (Cukavac, M., „Arbitraža i treća lica“, *Arbitraža* 2003)

Daujotas, R., „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 2012, *http://ssrn.com/abstract=2148900*, 25. март 2018.

Dent, G. W., „The Power of Directors to Terminate Stockholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?“, *Northwestern University Law Review* 75(1)/1980.

Deskoski, T., *International Arbitration Law*, Skopje 2016.

Dika, M., „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu* 38(1)/1999.

Di Pietro, D., „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Đorđević, M., Jovanović, M., „Access to Arbitration by Economically Weaker Parties“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017.

Easterbrook, F., Fischel, D., „The Corporate Contract“, *Foundations of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York 2012.

Esin, I. *et al*., „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. I. Esin, A. Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015.

Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B., *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris 1996.

Galič, A., „Establishing an Out-of-Court Mechanism for the Resolution of Consumer Disputes“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017.

Goldštajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987.

Gowling WLG, „Coming to Canada: Corporate Disputes and Litigation-Related Bylaws“, 2016, *https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2016/corporate-disputes-and-litigation-bylaws-canada*, 25. март 2018.

Gross, J. I., „The End of Mandatory Securities Arbitration?“, *Pace Law Review* 4/2010.

Gross, J., „The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism“, *Journal of Dispute Resolution* 1/2016.

Guyon, Y., *Droit des affaires*, Paris 2003.

Hamel, J., Lagarde, G., Jauffret, A., *Droit commercial*, Paris 1980.

Јакшић, А., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003. (Jakšić, A., *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd 2003)

Klein, P., „The Arbitration Agreement – Arbitrability of Company Law Disputes“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (eds. G. Zeiler *et al*.), Wien 2017.

Кнежевић, Г., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 1999. (Knežević, G., *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd 1999)

Кнежевић, Г., Павић, В., *Арбитража и АДР*, Београд 2009. (Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Beograd 2009)

Kondo, M. *et al*., *Arbitration Law of Japan*, Tokyo 2004.

Kraayvanger, J., Hilgard, M. C., „Arbitrability of Shareholders' Disputes under German Law", *International Litigation Quarterly* 26(1)/2009.

Le Cannu, P., Dondero, B., *Droit des sociétés*, Paris 2012.

Lee, J., „Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective", 2015, *http://ssrn.com/abstract=2736981*, 25. март 2018.

Lipton, A. M., „Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws", *The Georgetown Law Journal* 104(3)/2016.

Markert, L., „Arbitrating Corporate Disputes – German approaches and International solutions to Reconcile Conflicting Principles", *Contemporary Asia Arbitration Journal* 8(1)/2015.

McLaughlin, J. T., „Arbitrability: Current Trends in the United States", *Arbitration International*, *The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/1996.

Merle, Ph., Fauchon, A., *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2018.

Mistelis, L. A., „Arbitrability – International and Comparative Perspective", *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Morrisey, D. J., „Will Arbitration End Securities Litigation", 2012, *http://ssrn.com/abstract=2048707*, 25. март 2018.

Oberhammer, E., Weber, S., „The Arbitration Agreement and the Arbitrability: The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010* (eds. Ch. Klausegger *et al.*), Wien 2010.

Ozel, O. E., „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements", 2016, *http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf*, 25. март 2018.

Палачковић, Д., „Множина процесноправних односа у арбитражном поступку", *Арбитража* 2003. (Palačković, D., „Množina procesnopravnih odnosa u arbitražnom postupku", *Arbitraža* 2003)

Pamboukis, Ch., „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L.

A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Paulsson, J., „Arbitrability Without Privacy“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 10(2)/1995.

Paulsson, J. *et al*., „Arbitrability special issue“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/1996.

Perales Viscasillas, M. P., „Some Specific Issues About Arbitrability in Spain: Back to the Past“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2017.

Перовић, Ј., *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 1998. (Perović, J., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 1998)

Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1980)

Петровић Томић, Н., „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014. (Petrović Tomić, N., „Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014)

Pitkowitz, N., „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (eds. Ch. Klausegger *et al*.), Wien 2014.

Радовић, М., „Појам уговора у име будућег друштва“, *Право и привреда* 4–6/2014. (Radović, M., „Pojam ugovora u ime budućeg društva“, *Pravo i privreda* 4–6/2014)

Raeschke-Kessler, H. R., „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmBH)“, *Association Suisse de l' arbitrage Bulletin* 14(3)/1996.

Redffern, A., Hunter, M., *International Commercial Arbitration*, London 1992.

Schwartz, D. S., „If You Love Arbitration, Set it Free: How 'Mandatory' Undermines Arbitration“, *Nevada Law Journal* 8(1)/2008.

Shell, G. R., „Arbitration and Corporate Governance“, *North Carolina Law Review* 67(3)/1989.

Shmatenko, L., „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review* 4(1)/2012.

Shore, L., „The United States' Perspective on 'Arbitrability'“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Станивуковић, М., *Међународна арбитража*, Београд 2013. (Stanivuković, M., *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013)

Stipanowitch, Th. J., „Arbitration and Multi-Party Dispute: The Search for Workable Solutions“, *Iowa Law Review* 72(3)/87.

Strong, S. I., „Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30(1)/2008.

Strong, S. I., *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, 2013, *https://global.oup.com/academic/product/class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-9780199772520?cc=rs&lang=en&*, 25. март 2018.

Ten Cate, I. M., „Multy-Party and Multy-Contract Arbitrations: Procedural Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under US Law“, *The American Review of International Arbitration* 15/2004.

Трајковић, М., *Међународно арбитражно право*, Београд 2000. (Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd 2000)

Uzelac, A., „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu“, *Pravo u gospodarstvu* 41(2)/2002.

Varady, T. *et al.*, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999.

Varadi, T., „What is Pro-Arbitration Today“, *Croation Arbitration Yearbook* 21–22/2014–2015.

Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд 2017. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Beograd 2017)

Васиљевић, М., „Arbitrability ratione materiae in company law“, *Правни живот* 11/2017. (Vasiljević, M., „Arbitrability ratione materiae in company law“, *Pravni život* 11/2017)

Ware, S. J., „Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration“, *Minnesota Law Review* 83(3)/1999.

Ware, S. J., „The Case of Enforcing Adhesive Arbitration Agreements – with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees“, *The Journal of American Arbitration* 5(2)/2006.

Ware, S. J., „What Makes Securities Arbitration Different from Other Consumer and Employment Arbitration?“, *University of Cincinnati Law Review* 76/2008.

Winship, V., „Shareholder Litigation by Contract“, *Boston University Law Review* 96(2)/2016.

Woolhouse, S. P., „Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International* 20(4)/2004.

Youssef, K. A., „The Death of Inarbitrability“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Mirko Vasiljević, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law
President of the Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce

ARBITRATION AGREEMENT AND INTERCOMPANY DISPUTES

Summary

The affirmation of resolution through arbitration of commercial disputes in the field of contract law, both at national levels (as an undisputable trend of varying degrees) as well as at the international level, has raised the issue of the possibility of resolving intercompany disputes in this manner, in order to extend the freedom of will of investors from the domain of establishing companies to include the domain of the freedom of choice of a forum for resolving possible disputes arising from numerous legal relations of this kind. However, unlike contracts, with the primacy of free will compared to limitations (the relation of rules and exceptions), the sphere of intercompany relations, although basically contractual by its origin, has, in its functioning, an emphasized need to resolve the conflict of contract and company law in order to make the arbitrability of these disputes realistically possible, while on the other hand, compared to the contract law, the sphere of company law is always more in the focus of attention of national public orders, as a universal institute (regardless of its scope), which represents an obstacle to arbitrability of these disputes.

In this paper, the author first analyses the legal nature of the constituent acts of companies (the founding act and statute of a joint stock company) in the context of an arbitration agreement, on which the arbitrability of intercompany disputes can solely be based, finding that their contractual nature is a serious obstacle to mandatory arbitrations of these disputes (if these acts with this clause are adopted by majority of votes), and that the theory of adhesion contracts could be a solution to encourage arbitrability, but only for closed type of companies, while this would not be possible in the case of a public joint stock company, especially in the case of non-professional shareholders because of the need to additionally

protect them through consumer law. The author continues by analysing the notion of intercompany disputes and systems of possible objective arbitrability (*ratione materiae*) of these disputes, finding that the Serbian arbitration law and company law, especially with regard to the possible restrictive concept of „exclusive jurisdiction of commercial courts" for these disputes, has at least serious reasons for changes in favour of strengthening their arbitrability, with certain necessary individual exclusions in case of the dominance of public order interest. Finally, the author also analyses certain aspects of multiparty nature of the intercompany disputes, especially regarding public joint stock companies, as possible procedural obstacles to their resolution through arbitration, even in cases of their possibly undisputable objective arbitrability.

Key words: *Arbitration agreement. – Agreement on the establishment of a company. – Statute of a joint stock company. – Arbitrability. – Intercompany arbitration disputes. – Multiparty arbitrations. – „Compulsory" arbitrations.*

Article history:
Received: 25. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 336.227.1; 341.631/.632

CERIF: S141

Др Дејан Поповић[*]

Др Гордана Илић Попов[**]

АРБИТРАЖА У МЕЂУНАРОДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ: ПРАВНЕ ПРЕПРЕКЕ ЗА УГОВАРАЊЕ

У члану 25, став 5 Модел-конвенције ОЕЦД налази се норма којом се неуспех поступка заједничког договарања (МАП) да у року од две године реши спор да ли је неко лице опорезовано на начин који није у складу са пореским уговором дефинише као одложни услов за активирање арбитражне клаузуле. Странке у арбитражи су државе уговорнице, а не порески обвезник, који је иначе покреће.

Упркос предностима арбитражног решавања спора, бројне земље у развоју не прихватају арбитражну клаузулу, наводећи да би њоме био нарушен фискални суверенитет, и то у два аспекта. Прво, аутори указују на то да примена „бејзбол арбитраже" релативизује приговор да арбитража нарушава принцип самосталности управе. Друго, не може се одбранити ни приговор који указује на недопуштеност одрицања државе од права да опорезује јер се ту губи из вида разлика између сувереног права државе да уводи порез, које је неотуђиво, и права на наплату износа, који је споран. Не стоје ни остала два уставноправна аргумента. С аспекта владавине права, нема разлога да се арбитража везује само за чињенична питања. С аспекта принципа једнакости, уставни судови неће захтевати да се арбитража омогући и у домаћим споровима јер они тај принцип тумаче тако да се односи на лица у једнаким правним ситуацијама.

Аутори закључују да Србија треба да преиспита свој негативан став о пореској арбитражи, што ће јој олакшати да се суочи с обавезом да у приступним преговорима прихвати Арбитражну конвенцију Европске уније као део acquis-а.

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dejan.popovic@ ius.bg.ac.rs.*

[**] Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gordana@ius.bg.ac.rs.*

Кључне речи: *Пореска арбитража. – Порески уговори. – Поступак заједничког договарања (МАП). – Фискални суверенитет. – Субјективно пореско право државе.*

1. УВОД

Иако је број уговора о избегавању двоструког опорезивања (даље: *порески уговор*) који садрже клаузулу о арбитражном решавању спорова између држава уговорница, у случају када то захтева порески обвезник који сматра да су радње једне или обе државе уговорнице довеле или ће довести до тога да не буде опорезован у складу са пореским уговором, још увек релативно мали, тема о арбитражи у међународном пореском праву последњих десет година постаје све актуелнија.

Циљ овог рада је да дефинише место пореске арбитраже у поступку решавања спорова између држава уговорница. Полазна хипотеза је да арбитража представља само додатну фазу поступка заједничког договарања надлежних органа, која се активира тек уколико у дотадашњем поступку спор није решен у одређеном року. Анализи ћемо подврћи и њен повратни утицај на поступак заједничког договарања *stricto sensu*. Имајући у виду отпор према прихватању арбитражне клаузуле који се запажа у поступању органа надлежног за преговоре о пореским уговорима (не само у Србији), намера нам је да размотримо аргументе који би се могли истаћи против увођења арбитраже у спорове из пореских уговора. На тај начин бисмо допринели дефинисању позиције Србије у предстојећим преговорима о закључивању пореских уговора и у односу према Мултилатералној конвенцији за примену мера које се са циљем спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре (даље: *BEPS Мултилатерална конвенција*), као и у приступним преговорима са државама чланицама Европске уније.

2. ВРСТЕ ПОТЕНЦИЈАЛНО АРБИТРАБИЛНИХ ПОРЕСКИХ СПОРОВА

„Решавање регулаторних спорова који укључују пореска питања неподесно је за арбитражу.“[1] Чини се да тај исказ верно одражава реакције „на прву лопту“ већине правника. Ипак, приликом

[1] Thomas Carbonneau, Andrew Sheldrick, „Tax Liability and Inarbitrability in International Commercial Arbitration“, *Journal of Transnational Law & Policy* 1/1992, 38.

расправљања о арбитрабилности пореза треба разликовати три ситуације.[2]

Прва ситуација, која је предмет овог чланка, јавља се као спор између две државе уговорнице о питањима која се тичу примене пореског уговора.

Другу ситуацију чине пореске контроверзе које произлазе из пословних односа. Примера ради, приликом аквизиције привредног друштва може настати спор поводом тога да ли је продавац представио обавезе друштва (укључујући пореске) у нижем износу од реалног, чије би решавање потенцијално могло бити уређено арбитражним споразумом.

Трећу ситуацију представљају инвестициони спорови између иностраног инвеститора и државе улагања. Они се јављају у две варијанте. У првој, која укључује примену стандарда међународног права, инвеститор доводи у питање *легитимитет* пореза за који сматра да је уведен дискриминаторно или као инструмент експропријације без накнаде.[3] У споразумима о подстицању и заштити улагања, у којима се као страна појављује Србија, опорезивање се помиње једино у контексту националног третмана и третмана најповлашћеније нације на начин да се такав третман не односи на порезе.[4] У одредби која забрањује експропријацију без накнаде[5] не предвиђа се изузетак за „меру по дејству једнаку експропријацији" у виду пореза, што значи да би могло доћи до примене арбитражног решавања спора ако инвеститор сматра пореску меру инструментом експропријације без накнаде. Другу варијанту чине „хоризонтални" инвестициони спорови, настали из уговорних односа, попут уговора о концесији (на пример, ако је концесионар ослобођен пореза на доходак, да ли неко примање спада у доходак или да ли је, ако је уговорено да ће се на концесију примењивати порески оквир на дан закључења уговора, нека каснија мера у супротности са том клаузулом). Спорови који укључују непосредно вршење суверене власти код опорезивања, попут оног из првог примера, нису арбитрабилни.[6]

---

[2] William W. Park, „Arbitrability and Tax", *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 181–183.

[3] Чиме би постао инструмент којим се крши међународни споразум о заштити инвестиција.

[4] Вид. нпр. Споразум између СРЈ и Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 6/04, чл. 3 или Споразум између Србије и Данске о подстицању и узајамној заштити улагања, *Службени гласник РС*, бр. 105/09, чл. 4.

[5] Вид. Споразум са Словенијом, чл. 4; Споразум са Данском, чл. 5.

[6] Вид. Lauren Brazier, „The Arbitrability of Investor – State Taxation Disputes in International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration* 1/2015, 15–16.

3. „КЛАСИЧНО“ РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ ПОРЕСКИХ УГОВОРА

3.1. Последице разлика у тумачењу пореских уговора

У међународном праву не постоји обавеза да порески органи или судови једне државе уговорнице буду везани тумачењем појединих одредаба пореског уговора од пореских органа, односно судова друге државе уговорнице.[7]

Отуда се у пракси некад догађа да се одредбе пореског уговора не примењују на исти начин јер надлежни орган може да:

- узме да је чињенично стање друкчије од оног које је утврдио надлежни орган друге државе уговорнице (нпр. у вези са постојањем сталне пословне јединице);
- уђе у конфликт квалификације (нпр. отпремнина се у немачком праву сматра приходом из радног односа из чл. 15 Модел-конвенције ОЕЦД, док се у швајцарском праву сматра другим дохотком из чл. 21, из чега проистиче њен различит порески третман);
- уђе у конфликт извора (нпр. домаћа права обе државе уговорнице третирају исти приход као да има извор на њиховој територији);
- тумачи домаће право различито од надлежног органа друге државе уговорнице (нпр. чл. 6, ст. 2 Модел-конвенције ОЕЦД предвиђа да израз „непокретност“ има значење према закону државе уговорнице у којој се односна непокретност налази, али се држава резидентства не слаже са начином на који држава извора тумачи тај закон);
- увећа у контексту правила о трансферним ценама добит једног повезаног предузећа, а надлежни орган друге државе уговорнице не изврши одговарајућу корекцију надоле добити другог повезаног предузећа, због чега настаје економско двоструко опорезивање.

Ако држава сматра да је претрпела штету јер је друга држава уговорница применила неправилно порески уговор, може тражити накнаду штете, а оне могу настојати да спор реше мирним путем – преговорима или арбитражом.[8]

---

[7] Међутим, на потребу „једнообразног тумачења“ указују Klaus Vogel, Rainer G. Prokisch, „Interpretation of Double Taxation Conventions. General Report“, *Cahiers de droit fiscal international* 78a/1993, 64.

[8] Mario Züger, *Arbitration under Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 2001, 4.

Штета може да буде нанета и пореским обвезницима који заснивају своје пореско планирање на очекивању да ће обе државе уговорнице испуњавати обавезе које су преузеле уговором.[9] Интересе пореског обвезника у поступку мирног решавања спорова обично заступа индиректно порески орган државе чији је држављанин, односно резидент. Методи за решавање пореских спорова *између две државе уговорнице* у пореским уговорима морају зато бити у стању да координишу потенцијално сукобљене интересе трију страна (укључујући, дакле, и интересе обвезника).[10]

3.2. Поступак заједничког договарања

Порески спор између држава уговорница најчешће је инициран нерешеним унутрашњим спором између пореског обвезника и државе његовог резидентства. Ако, на пример, пореске власти Србије у складу са принципом „ван дохвата руке" увећају опорезиву добит свог резидента укљученог у трансакцију са повезаним лицем резидентом Словеније, због насталог економског двоструког опорезивања добити групе мултинационалних предузећа, словеначки порески обвезник мораће од својих пореских власти да захтева кореспондирајуће смањење своје опорезиве добити. Уколико се Словенија не слаже са начином на који је Србија применила принцип „ван дохвата руке", унутрашњи спор између њеног резидента и пореских власти може прерасти у порески спор између Словеније и Србије. У питању је *индиректни спор* из међународног пореског уговора.[11] Он ће постати међународни порески спор тек ако држава којој се обратио порески обвезник одлучи да прихвати његов захтев и покрене поступак заједничког договарања (енг. *mutual agreement procedure – МАП*) са другом државом уговорницом.

МАП није постављен као замена за редовну судску заштиту коју домаће право пружа пореском обвезнику; он има право, независно од МАП-а, да користи све правне лекове предвиђене у националном закону.[12] Да би се иницијатива за покретање МАП-а узела у разматрање, случај мора бити изнет у року од три године од првог обавештења о мери која доводи до опорезивања које није у складу с одредбама пореског уговора.[13]

9 *Ibid*., 5.

10 *Ibid*., 10–11.

11 Gerrit Groen, „Arbitration in Bilateral Tax Treaties", *Intertax* 1/2002, 4.

12 За однос МАП-а и поступака према домаћим законима, упор. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Paris 2017 – MC OECD 2017, пар. 25 и 42 коментара уз чл. 25.

13 У неким пореским уговорима тај рок је друкчији: нема га (нпр. уговор између САД и Шведске), износи две године (нпр. уговор између Србије и Италије),

Директни спор из међународног пореског уговора је спор који је *ab initio* представљао спор између држава уговорница[14] (нпр. да ли се камата, према правилима о утањеној капитализацији у земљи дужниковог резидентства, може третирати као дивиденда, а да јој у земљи повериочевог резидентства буде пружена олакшица која се даје дивидендама).

3.2.1. Стадијум подношења иницијативе

BEPS Акција 14 – Решавање спорова садржи минимални стандард за унапређење решавања спорова. Један од елемената тог стандарда је принцип да би надлежни органи *обе државе уговорнице* требало да буду информисани о захтевима за МАП-ом, како би могли да се изјасне да ли захтев треба прихватити или одбити, односно да ли се приговор пореског обвезника сматра оправданим.[15] Тај минимални стандард понуђен је у две варијанте.

У првој варијанти, уграђеној у чл. 16, ст. 1 BEPS Мултилатералне конвенције, порески обвезник може да изложи свој случај надлежном органу *једне или друге* државе уговорнице, а не искључиво органу државе уговорнице чији је резидент.

Србија се определила за другу варијанту, тј. да истакне резерву коју допушта чл. 16, ст. 5, тач. (a) BEPS Мултилатералне конвенције на начин да у својим обухваћеним пореским споразумима не примени могућност обраћања надлежним органима било које од уговорних јурисдикција. Лице може да изложи свој случај надлежном органу државе уговорнице чији је резидент, с тим што је он дужан да, ако не сматра оправданим обвезников приговор, примени поступак билатералног обавештавања или консултације са надлежним органом друге уговорнице, што не представља консултовање о томе како решити случај.[16]

Србија је прихватила рок од три године у којем случај мора бити изнет, а обавестила је депозитара Конвенције (ОЕЦД) да је једино у њеном обухваћеном пореском споразуму с Италијом предвиђен краћи рок (две године од првог обавештења о мери која доводи до опорезивања које није у складу с одредбама пореског уговора).

четири године (нпр. уговор између САД и СР Немачке), четири и по године (нпр. уговор између САД и Мексика), пет година (нпр. уговор између Холандије и Бразила) или шест година (нпр. уговор између САД и Холандије).

[14] G. Groen, 4.

[15] OECD, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, Paris 2015, 22.

[16] OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Paris 2017, 50, *http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement*, 28. децембар 2017.

За разлику од спорова по домаћем праву, порески обвезник може да иницира МАП и пре него што је дошло до „опорезивања које није у складу с уговором" ако установи да ће мере (закони, подзаконски прописи, решења или управне радње) једне или обе државе уговорнице довести до таквог опорезивања и да се оно појављује као ризик који није само могућ већ и вероватан.[17] Међутим, рок од три године за подношење иницијативе треба да се рачуна на начин који иде у прилог обвезнику, тј. почев од дана када је последица у виду „опорезивања које није у складу с уговором" за њега материјализована.[18]

3.2.2. Стадијум решавања спора

О оправданости приговора пореског обвезника дискреционо одлучује надлежни порески орган. Покретање МАП-а од пореског обвезника не би требало да буде одбијено без доброг разлога.[19] Фогел наводи да немачки *Bundesfinanzhof* сматра да надлежни орган има дискреционо овлашћење да ли да прихвати или не прихвати приговор чак и када је доказано да је опорезивање било супротно пореском уговору.[20] Јакоб (*F. Jacob*) сматра да порески обвезници немају право да *захтевају* од немачких пореских власти да започињу МАП.[21] Не бисмо се сасвим сложили са Фараховом (*E. Farah*) оценом да је коментар ОЕЦД-а о постојању „дужности преговарања" нејасан и неконзистентан:[22] он је остао недоречен јер већина држава жели да се надлежном органу остави одређена доза дискреционих овлашћења у давању прелиминарне оцене обвезниковог приговора.[23] Дужност надлежног органа у првом стадијуму постоји, дакле, само у погледу *разматрања* приговора.

---

[17] MC OECD 2017, пар. 14 коментара уз чл. 25.

[18] *Ibid*., пар. 21 коментара уз чл. 25.

[19] *Ibid*., пар. 34 коментара уз чл. 25. Као најчешћи разлози за одбијање наводе се: недостављање довољно информација, обвезниково тумачење уговора које је различито од тумачења које примењује надлежна пореска администрација, повреда искључиво домаћег права, претходни неуспех МАП-а у упоредивом случају и др. Вид. Karl Koch, „Mutual Agreement – Procedure and Practice. General Report", *Cahiers de droit fiscal international* 66a/1981, 109–112.

[20] Klaus Vogel, *Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, London – Boston 1997, 1367–1368.

[21] Friedhelm Jacob *et al.*, *Handbook on the 1989 Double Taxation Convention between the Federal Republic of Germany and the United States of America*, Article 25, IBFD, Amsterdam 1991, 15. Вид. супротно: Jos Coremans, „La procédure amiable. Belgique", *Cahiers de droit fiscal international* 66a/1981, 217–218.

[22] Ehab Farah, „Mandatory Arbitration of International Tax Disputes: A Solution in Search of a Problem", *Florida Tax Review* 8/2009, 717–718.

[23] MC OECD 2017, пар. 31.1 коментара уз чл. 25.

Када се с оцене оправданости приговора пређе у стадијум решавања спора, до изражаја долази друго дискреционо овлашћење надлежних органа: они морају да *настоје* да случај реше заједничким договором ради избегавања опорезивања које није у складу с пореским уговором, али *нису обавезни* да такав договор постигну. У делу литературе из међународног јавног права таква обавеза назива се *pactum de negotiando*[24] *и означава дужност две стране да само преговарају у доброј вери са циљем да закључе споразум. Принцип bona fide* поставља одређене границе за дискреционо право преговарача (МАП-у се не би смело приступити само да би се створио привид преговора), али могућност да спор остане нерешен, па тако и да двоструко опорезивање не буде елиминисано, упркос предмету и циљу пореског уговора, остаје реална. Ако се узму подаци за целину држава чланица Инклузивног оквира за BEPS,[25] двоструко опорезивање је путем МАП-а потпуно отклоњено тек у 59% ситуација.[26]

Чл. 25, ст. 2 Модел-конвенције ОЕЦД не садржи ни временско ограничење трајања МАП-а. Статистички подаци за целину држава чланица Инклузивног оквира показују да је до почетка примене BEPS мера МАП у случајевима трансферних цена у просеку трајао 33,5 месеца, а у осталим случајевима 26,5 месеци.[27] Независно од времена трајања МАП-а, није извесно да ли ће се уопште постићи заједнички споразум.[28]

Та ограничења МАП-а могу се сажети у констатацију да су порески органи позвани да одлуче о томе да ли је међународно право нарушено у односу на појединачни случај у инстанцама за које су сâми били одговорни,[29] чиме је нарушен принцип *Nemo iudex in causa sua*. Цигер (*M. Züger*) квалификује МАП као „политички“, а не „правни“ поступак и залаже се да се МАП обогати правним средствима за решавање спорова, попут арбитраже или парнице.[30]

---

24 Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford 1961, 27, 29, разликује *pactum de negotiando* од *pactum de contrahendo*, сматрајући да овај други концепт подразумева обавезу да се преговара у доброј вери и *закључи* уговор.

25 То тело, чији је задатак да прати примену BEPS мера, има 112 чланица (међу којима је и Србија).

26 Доступно на: *http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure*, 10. јануар 2018.

27 *Ibid*.

28 Arno E. Gildemeister, „Arbitration of Tax Treaty Disputes“, *Transnational Dispute Management* 5/2007, 3.

29 Josef Tittel, *Das Verständigungsverfahren nach den Doppelbesteuerungsabkommen*, University Press Freie Universität, Berlin 1963, 72.

30 M. Züger, 15.

4. КАРАКТЕРИСТИКЕ АРБИТРАЖНОГ РЕШАВАЊА ПОРЕСКОГ СПОРА

Почев од верзије из 2008. године, у чл. 25 Модел-конвенције ОЕЦД уграђен је ст. 5, којим је, ако се у МАП-у не постигне договор, прописана обавеза арбитражног решавања индиректних спорова из међународних пореских уговора[31] на захтев обвезника. Арбитражна клаузула се и до тада, у различитим формулацијама, могла наћи у 86 пореских уговора, при чему је први пут 1989. године унета у порески уговор између САД и СР Немачке.[32] Закључно са почетком 2014. године, 158 пореских уговора садржало је арбитражну клаузулу,[33] што чини око 5% од укупног броја пореских уговора. Године 2011. и у Модел-конвенцију УН[34] унета је одредба о арбитражи, која се не покреће на захтев обвезника него надлежног органа било које државе уговорнице, при чему постоји обавеза да се нотификује обвезник који је претходно иницирао (неуспели) МАП.

Арбитража доводи до отклањања двоструког опорезивања (тамо где МАП није дао резултат), те смањује неизвесност и дужину трајања спора. Њу не оптерећују сложена процесна правила, а порески обвезник није сасвим искључен из арбитражног поступка.[35] Инсистирање мултинационалних компанија на обавезној арбитражи ако се у МАП-у не постигне договор мотивисано је и чињеницом да је арбитражни поступак нетранспарентан, што им одговара не толико због заштите од конкуренције колико због бојазни од негативног *PR*-а или пореске контроле у трећим државама. Арбитражом би се добио форум изван контроле пореских управа, у којем би се међународни порески спорови решавали без увида јавности, за разлику од судског вођења спора.[36]

---

[31] За аргументацију због чега се арбитража не примењује у решавању директних спорова, вид. G. Groen, 8–9.

[32] H. M. Pit, „Arbitration under the OECD Model Convention: Follow-up under Double Tax Conventions: An Evaluation", *Intertax* 67/2014, 448.

[33] *Ibid*., 447–448.

[34] Доступно на: *http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011*, 11. јануар 2018.

[35] Упор. Jasmin Kollmann, Laura Turcan, „Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. Michael Lang, Jeffrey Owens), IBFD, Amsterdam 2016, 36. У арбитражном поступку на основу приступа „независног мишљења" обвезник може арбитрима, уз сагласност арбитара и обе странке, усмено да представи своју позицију.

[36] У пореску арбитражу укључен је јавни интерес јер од арбитражне одлуке зависи да ли ће се у држави јавни приходи смањити, а јавни расходи (због трошкова арбитраже) повећати, те би зато већа транспарентност била у складу са принципом да државни органи одговарају грађанима. Вид. Michael J. McIntyre, „Comments on

Већина земаља у развоју, иако свесна да је извесност у погледу арбитражног решавања пореског спора подстицај за иностране инвеститоре, ретко прихвата арбитражу због већих трошкова.[37] Такође, кадрови у тим земљама немају довољно стручног искуства у стварима које су предмет арбитраже.[38] Као правни аргумент, наводи се да се њоме нарушавају суверена права на опорезивање земаља у развоју и ограничава могућност примене њихових националних права на опорезивање нерезидената,[39] о чему ће касније бити више речи.

До краја 2017. године, 26 потписница BEPS Мултилатералне конвенције[40] (од њих 70) прихватило је одредбе о арбитражи у својим обухваћеним пореским споразумима.[41] Страна, међутим, може истаћи резерву да неће примењивати те одредбе у односу на поједине или све своје обухваћене пореске споразуме у којима се већ налази арбитражна клаузула.[42]

У случају када је МАП покренут (али само због тога што је *дошло* до опорезивања које није у складу са пореским уговором), а надлежни органи нису постигли споразум у року од две године[43] од дана када су им биле достављене све тражене информације, сва преостала нерешена питања из тог случаја, на писани захтев обвезника, предају се арбитражи.[44] Обвезник, међутим, није странка у арбитражном поступку већ су то државе уговорнице. Арбитражу у спору из пореског уговора не уређује *lex arbitri* (арбитражно право државе у којој се на-

the OECD Proposal for Secret and Mandatory Arbitration of International Tax Disputes“, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series* 7–5/2006, 11–13.

37 Упор. Daniel Blum, „Setting the Context: Overview of Dispute Resolution Mechanisms and Current Trends“, *International Arbitration in Tax Matters* (eds. Michael Lang, Jeffrey Owens), IBFD, Amsterdam 2016, 30.

38 UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Secretariat Paper on Alternative Dispute Resolution in Taxation, 2015, 26 и 31, *http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/*, 23. јануар 2018.

39 Shilpa Goel, *A Case for MAP Arbitration in India*, *http://kluwertaxblog.com/2017/01/02/a-case-for-map-arbitration-in-india/*, 28. јануар 2018.

40 Андора, Аустралија, Аустрија, Белгија, Канада, Фиџи, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Ирска, Италија, Јапан, Лихтенштајн, Луксембург, Малта, Маурицијус, Холандија, Нови Зеланд, Португалија, Сингапур, Словенија, Шпанија, Шведска, Швајцарска и Велика Британија.

41 Да би се одредбе о арбитражи из Дела VI BEPS конвенције примењивале, потребно је да обе уговорне стране обавесте депозитара.

42 Вид. BEPS Мултилатералну конвенцију, чл. 26, ст. 4 (нпр. Холандија је истакла такву резерву у односу на девет својих обухваћених пореских споразума).

43 Модел-конвенција УН предвиђа рок од три године од дана представљања случаја надлежном органу друге државе уговорнице.

44 Надлежни органи путем МАП-а могу да постигну договор све док арбитри не донесу одлуку.

лази седиште арбитраже) већ је она „де-национализован поступак“[45] (државе уговорнице споразумно уређују начин примене арбитражног поступка). Примена арбитражне одлуке спроводи се заједничким договором држава уговорница.

Арбитражна одлука је обавезујућа за државе уговорнице, осим ако обвезник који је захтевао арбитражу не одбије да прихвати договор о примени арбитражне одлуке. Арбитражни поступак се обуставља када надлежни органи кроз настављени МАП закључе договор којим решавају сва спорна питања изнета пред арбитражу.[46] Овде се, међутим, отвара питање да ли такав исход нарушава *Kompetenz-Kompetenz* доктрину, чиме би клаузула о обавезности арбитраже била обесмишљена. Супротно *Kompetenz-Kompetenz* доктрини је и решење из појединих пореских уговора да се надлежни органи могу договорити да одређени случај (иако није решен путем МАП-а) није подесан да о њему одлучује арбитража.[47] Сагласни смо са Рамосом Муњозом (*D. Ramos Muñoz*) који, полазећи од става да се у трговинској или инвестиционој арбитражи *Kompetenz-Kompetenz* принцип сматра обичајним правилом,[48] узима да тумачење пореског уговора у доброј вери према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у светлу његовог предмета и циља[49] треба да доведе до закључка да би арбитража у таквим случајевима морала имати „надлежност да одлучује о својој надлежности“. У супротном, норма да је арбитражна одлука обавезујућа за државе уговорнице не би одговарала стварном стању ствари.[50]

5. ПОВРАТНИ УТИЦАЈ АРБИТРАЖЕ НА МАП

Како је МАП који није донео потпуно решење пореског спора предуслов да би се покренула арбитража, анализи се мора подврћи и ефекат који пореска арбитража има на МАП.

Први правац тог повратног утицаја је у складу с очекивањима заговорника арбитражне клаузуле. Циљ је да се надлежни органи

45 G. Groen, 22.

46 J. Kollmann, L. Turcan, 36.

47 Вид. Протокол 6 уз Уговор између САД и Белгије, пар. 1, *https://www.congress.gov/*, 15. фебруар 2018.

48 *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v The Government of the Lybian Arab Republic*, 27 November 1975, *International Law Reports* 53/1979, 389.

49 Бечка конвенција о уговорном праву, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 30/72, чл. 31, ст. 1.

50 David Ramos Muñoz, „Tax Arbitration and Its Issues: From Fiction to Reality, to Surrealism“, *Spain Arbitration Review* 21/2014, 15–16.

подстакну да помоћу МАП-а реше спор јер, ако дође до арбитраже, они више немају утицаја на решавање спорног питања већ је оно препуштено независном телу које не мора да уважава значај тог питања за порески систем инволвиране државе.[51]

Други правац повратног утицаја полази од чињенице да је арбитража обавезна на захтев пореског обвезника (уколико у року од две године помоћу МАП-а нису решена сва питања случаја). Али, та обавезност је ипак условна јер до захтева за арбитражом не може доћи ако МАП није покренут, а то зависи од дискреционе оцене надлежног органа којем се порески обвезник обратио.[52]

Легитимно је запитати се да ли ће обавезна арбитража у „*post-МАП*" стадијуму подстаћи надлежне органе да буду (још) рестриктивнији у прихватању иницијативе пореских обвезника за покретање МАП-а, како би на тај начин смањили ризик да им се ствари отму контроли, посебно у светлу „разлога политике" против пореске арбитраже,[53] која је, под притиском друге, „јаче" стране у преговорима о закључењу пореског уговора ипак невољно прихваћена.

Релативна малобројност пореских уговора с арбитражном клаузулом потврђује да „разлози политике" играју не баш малу улогу у том домену међународног пореског права. Управо је отпор појединих држава чланица Г 20, које су заступале интересе земаља у развоју, и довео до тога да је обавезна и обавезујућа арбитража изостављена из минималних стандарда које је садржао Завршни извештај за BEPS акцију 14.[54]

6. УСТАВНОПРАВНИ АРГУМЕНТИ ПРОТИВ ПОРЕСКЕ АРБИТРАЖЕ

6.1. Фискални суверенитет

Распрострањена резервисаност према идеји да би порески спорови проистекли из примене пореских уговора могли бити решавани пред арбитражом враћа нас на потребу да размотримо „разлоге по-

---

[51] Brian J. Arnold, „The Scope of Arbitration under Tax Treaties", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. Michael Lang, Jeffrey Owens), IBFD, Amsterdam 2016, 116.

[52] У САД се учешће случајева у којима је ускраћен захтев за МАП-ом у укупном броју захтева креће између 1,5% (2014. и 2015. године) и 4,4% (2013. године). Вид. *https://www.irs.gov/businesses/ corporations/annual-competent-authority-statistics*, 19. јануар 2018. Вид. више: Zvi D. Altman, *Dispute Resolution under Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 2006, 107.

[53] E. Farah, 26.

[54] OECD, *Action 14 – 2015 Final Report*, 41.

литике" због којих се неке државе супротстављају арбитражи у пореским стварима.[55] ОЕЦД је пошао од претпоставке да је арбитража коју иницира порески обвезник, иако он у њој није странка, довољан компромис који ће задовољити легитиман интерес обвезника да утиче да се (непристрасна) одлука донесе, али и одстранити „разлоге политике" због којих државе уговорнице не желе да унесу арбитражну клаузулу у порески уговор.[56]

„Разлози политике" би требало да имају своју правну формулацију, која произлази из концепта фискалног суверенитета. Позиција Србије, која не прихвата арбитражну клаузулу у својим пореским уговорима, објашњава се управо позивањем на фискални суверенитет државе,[57] који подразумева право државе да дефинише своју фискалну политику без иностраног утицаја. Питање је, међутим, да ли то значи да и решавање пореских спорова потпада под државну сувереност.[58]

Устав Србије садржи следеће одредбе које се односе на порезе: чл. 97, тач. 6 прописује да Република Србија уређује и обезбеђује, *inter alia*, порески систем, док чл. 91, ст. 1 и 2 постављају начело законитости у опорезивању и општост пореске обавезе. Порески уговори представљају уговоре међународног јавног права и, у складу са чл. 194, ст. 4 Устава, после ратификације постају део правног поретка Републике Србије, при чему не смеју бити у супротности с Уставом. Отуда се поставља питање да ли би евентуална арбитражна клаузула у пореском уговору значила да је тај уговор у супротности с Уставом. Пошто је законодавна власт везана уставним поретком, а извршна и судска власт законом, Министарство финансија (као преговарач) и Народна скупштина (која треба да потврди закључени порески уговор) немају неограничено дискреционо право приликом давања одговора на то питање.

Реч је, заправо, о дилеми да ли спор о питањима која се тичу примене пореског уговора спада под „порески систем" који уређује и обезбеђује Република. Порески уговор садржи колизионе норме које разграничавају пореску јурисдикцију Србије и друге државе уговорнице у односу на поједине врсте прихода и (најчешће) имовину. Ограничавање фискалног суверенитета је реципрочно јер га спроводи

---

55 Упор. OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues*, Paris 1984, 23.

56 Chloe Burnett, „International Tax Arbitration", *Australian Tax Review* 3/2007, 182.

57 Вид. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, Цекос-Ин, Београд 2009, 287.

58 Natalia Quiñones Cruz, „International Tax Arbitration and the Sovereignty Objection: The South American Perspective", *Tax Notes International* 51(4)/2008, 534.

и друга држава уговорница. За клаузулу о арбитражи је специфично да обе стране поверавају решавање пореског спора трећем субјекту (арбитрима), што представља окосницу става који имају заговорници приступа „фискалног суверенитета". У јуриспруденцији Уставног суда Србије, као ни у управносудској пракси није разматрано питање да ли спор о питањима која се тичу примене пореског уговора спада под „порески систем", а преговарачка позиција о чл. 25, ст. 5 Модел-конвенције ОЕЦД приликом закључивања пореских уговора заснива се на подразумевању значаја концепта фискалног суверенитета.

С аспекта „фискалног суверенитета", издвајају се два аргумента против арбитражног решавања пореских спорова.

Први аргумент указује на то да међународна арбитража нарушава принцип самосталности управе утолико што захтева учешће не само иностраног управног органа (што је неизбежно због међународног карактера спора), него и иностраних арбитара.[59] У Србији би противници пореске арбитраже могли да укажу на чл. 12 Закона о општем управном поступку[60] (начело самосталности) и чл. 11, ст. 2 Закона о пореском поступку и пореској администрацији,[61] који прописује да Пореска управа, у оквиру послова државне управе, *самостално* води првостепени порески поступак и обавља друге законом предвиђене радње. Међутим, арбитражни поступак може бити структурисан тако да умањи значај тог приговора. Од 2017. године прихваћен од ОЕЦД-а као главни приступ на основу којег је израђен Узорак арбитражног споразума,[62] приступ „бејзбол арбитраже"[63] („последње најбоље понуде") „може да послужи да умири критику која се односи на губитак суверенитета због арбитраже".[64]

Најважније обележје арбитражног поступка заснованог на приступу „бејзбол арбитраже" (по чему се разликује од приступа „независног мишљења", који је понуђен као алтернатива) јесте у томе што су овлашћења арбитара строго ограничена. Они не могу да донесу

59 *Ibid*., 534.

60 Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/16.

61 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, ..., 108/16.

62 MC OECD 2017, пар. 2–4 коментара Анекса уз чл. 25.

63 „Бејзбол арбитража" је настала 1973. године да би се решавали спорови поводом зарада играча у *US Major League*, на основу арбитражног споразума између Удружења играча и власника тимова. У том формату арбитраже и играч и власник тима подносе арбитру по један износ (број). После саслушања аргументације, арбитар у року од 24 сата доноси одлуку тако што одабере један од два понуђена износа, који ће представљати играчеву зараду у предстојећој сезони.

64 Raffaele Petruzzi, Petra Koch, Laura Turcan, „Baseball Arbitration in Comparison to Other Types of Arbitration", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. Michael Lang, Jeffrey Owens), IBFD, Amsterdam 2016, 142.

независну одлуку о пореском спору већ се њихова одлука састоји у избору између две опције за решење спора које су понудиле државе уговорнице (нпр. обе стране предлажу максималан износ пореза који се може утврдити у складу с одредбама пореског уговора).[65]

Пошто арбитри морају да стану уз позицију једне од држава уговорница, не образлажући притом своју одлуку, обе државе имају повећан степен контроле над поступком, што није случај у традиционалној арбитражи, где арбитражна одлука уопште не мора да одражава позицију ниједне од страна.[66] Уколико у случају „бејзбол арбитраже" надлежни орган једне од држава уговорница (најчешће земље у развоју) не препозна опасност од давања неразумне понуде, он би могао да опонентову разумну понуду доживи као уступак и одбије да дâ своју разумну понуду, не схватајући да ће арбитража изабрати понуду која је разумнија.[67]

Други приговор на рачун арбитражног решавања пореских спорова из визуре фискалног суверенитета налази инспирацију у чл. 6 француског *Code civil*-а: „Не може се посебним уговором дерогирати закон који се односи на јавни поредак и добре обичаје." Суд ће одбити признање и извршење иностране арбитражне одлуке ако би били у супротности са јавним поретком државе, односно уколико предмет спора није арбитрабилан према националном закону.[68]

Чл. 5, ст. 1 српског Закона о арбитражи предвиђа да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда (спорови о стварним правима на некретнинама у Србији).[69] Изузетак од искључиве надлежности суда не постоји, на пример, ни у хрватском ни у словеначком закону о арбитражи.[70]

Арбитрабилност се, дакле, може оцењивати са становишта слободе странака у располагању правима. О вези између те слободе и субјективног пореског права државе расправљано је у јужноамеричкој правној литератури и судској пракси. Чл. 56, ст. 2 колумбијског Де-

---

65 *Ibid*., 140.

66 *Ibid*., 142.

67 Benjamin A. Tulis, „Final-Offer 'Baseball' Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications", *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* 20(1)/2010, 106.

68 Вид. Њујоршку конвенцију о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. V.2; српски Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 66, ст. 2.

69 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 52.

70 Упор. хрватски *Zakon o arbitraži*, *Narodne novine*, бр. 88/01, чл. 3; словеначки *Zakon o arbitraži*, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 45/08, чл. 4.

крета бр. 1818 из 1998. године (којим се уређује статус механизама алтернативног решавања спорова)[71] прецизира да не може бити мирења у питањима која се тичу пореских спорова. Колумбијски судови заузимају становиште да држава не може да се одрекне права да опорезује одређеног пореског обвезника јер би се тако нарушио јавни поредак,[72] чиме неарбитрабилност пореза непосредно повезују с институцијом *orden público*. Још изричитије је аргентинско право. Чл. 737 Законика о грађанском и трговачком поступку[73] прописује да су арбитрабилна само питања о правима којима странке могу да располажу, а чл. 872 Грађанског законика[74] наводи да није могуће одрећи се права стечених у погледу јавног поретка. Порески спор не може се, дакле, предати арбитражном решавању јер је право на опорезивање непреносиво.[75]

Такви закључци, међутим, произлазе из тога што се не разликују суверено право државе да уводи порез (када врши *iure imperii* овлашћење) и право на наплату пореза од пореског обвезника (чији износ може бити споран по основу примењеног закона или пореског уговора).

Држава се не може одрећи свог пореског захтева у смислу доношења пореских закона[76] и препустити га арбитражи; он остаје у домену националног суверенитета. „Улазак" у арбитражу је само начин да се реши спор из пореског уговора са једном државом и не сме да се изједначава с одрицањем од субјективног пореског права.[77] Из сâмог пореског уговора којим државе својевољно ограничавају своју сувереност, надлежни орган црпи своја овлашћења за арбитражу. Ако порески уговор садржи арбитражну клаузулу, јасно је да се он не бави одређеним пореским кредитом који ће бити, или неће бити, пружен неком обвезнику, већ конкретним дефинисањем граница пореске јурисдикције. Ако арбитража одлучи да држава у датом

71 Доступно на: *http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/*, 25. јануар 2018.

72 N. Quiñones Cruz, 535–536. За аргументацију да се тако нарушава принцип законитости пореза, упор. Luís Eduardo Schoueri, „Arbitration and Constitutional Issues", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. Michael Lang, Jeffrey Owens), IBFD, Amsterdam 2016, 194–195.

73 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/*, 25. јануар 2018.

74 Código Civil de la República Argentina, *https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_ Republica_Argentina.pdf*, 25. јануар 2018.

75 N. Quiñones Cruz, 537–538.

76 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 102.

77 Maya Ganguly, „Tribunals and Taxation: An Investigation of Arbitration in Recent US Tax Conventions", *Wisconsin International Law Journal* 4/2012, 752.

случају нема јурисдикцију, та држава нема право на порески приход о којем је реч. Отуда се надлежни орган не одриче пореског прихода него само прихвата непостојање јурисдикције.[78]

Коначно, на терену међународног јавног права арбитража се често уговара у питањима која су и више „суспектна" са становишта суверености од опорезивања (нпр. у територијалним споровима), а оправдање пореског суверенитета „лежи у супрематији територијалног суверенитета".[79]

6.2. Владавина права

Дурадо (*A. P. Dourado*) и Пистоне (*P. Pistone*) износе став да би због принципа владавине права, из којег произлази захтев за поделом власти, у којој се у пореским стварима независан суд појављује као највиша инстанца тумачења права, арбитража могла бити допуштена само код питања која се тичу интерпретације *чињеница* (нпр. у вези са трансферним ценама или постојањем сталне пословне јединице).[80] Но, настаје проблем како утврдити да ли је случај примарно чињенични, пошто многа питања тумачења представљају мешавину чињеница и права. Нејасно је зашто би чињенична питања била подеснија за арбитражно решавање од чисто правних питања или од питања где су чињенице и право измешани. Арнолд (*B. J. Arnold*) констатује да „ограничавање домета пореске арбитраже на чињенична питања показује општи скептицизам неких држава према арбитражи".[81]

Чл. 25, ст. 5 Модел-конвенције ОЕЦД предвиђа да предмет арбитраже могу бити *сва* питања која обухватају тумачење и примену пореског уговора, осим оних на која се односи чл. 25, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД. Иако опорезивање које није у складу са пореским уговором најчешће проистиче из нетачне интерпретације или примене тзв. дистрибутивних чланова уговора (чл. 6–21), и остале одредбе би могле да буду предмет арбитражног решавања спора, осим члана који уређује сâм МАП, чл. 26 (размена информација) и чл. 27 (помоћ у наплати пореза).[82] Став који заузимају Дурадо и Пистоне може се, отуда, правдати само у светлу опције да се арбитража пореским уго-

[78] L. E. Schoueri, 203.

[79] Sompong Sucharitkul, „Sixth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, Part 1, 1984, 22.

[80] Ana Paula Dourado, Pasquale Pistone, „Some Critical Thoughts on the Introduction of Arbitration in Tax Treaties", *Intertax* 3/2014, 158.

[81] B. J. Arnold, 123.

[82] Ако МАП није допуштен, нпр. због злоупотребе пореског уговора, ни арбитража неће бити дозвољена. Вид. *Ibid*., 122–124.

вором ограничи на чињенична питања, при чему би се остала питања евентуално могла изнети пред арбитражу на *ad hoc* основи.[83]

6.3. Принцип једнакости

Понекад се као аргумент против пореске арбитраже износи принцип једнакости: ако се дозволи арбитража по основу пореског уговора, морала би се омогућити и у домаћим пореским споровима. Но, уставни судови начело једнакости најчешће тумаче тако да се односи на лица која су у једнаким (сличним) правним ситуацијама,[84] што би могло да се тумачи тако да *сви* домаћи обвезници на чији је захтев на основу пореског уговора покренут МАП, у којем су по протеку одређеног рока извесна питања остала нерешена, имају право да захтевају арбитражу, тако да тај приговор, у наведеном контексту, отпада.

Коначно, у „бејзбол арбитражи" би, зависно од понуде, идентични случајеви у једној држави могли да буду различито решени; зато је она изложена критици с аспекта принципа једнакости и правне сигурности. Тај недостатак би се могао превазићи ослонцем на значајну документацију преузету из стадијума МАП-а.[85]

Може се, дакле, закључити да је порески захтев у ужем смислу начелно арбитрабилан, те се не може оспорити уставноправним и из њих изведеним аргументима.

7. ЗАКЉУЧАК

Неизвесност да ли ће се путем МАП-а решити спор настао поводом тумачења или примене пореског уговора навела је један број држава да у своје уговоре унесу арбитражну клаузулу. Анализа је, међутим, показала да, иако је арбитража замишљена као инструмент унапређене заштите права пореских обвезника, постоји иницијална препрека која је може спречити, а то је непокретање МАП-а.

У овом раду смо доказали да не стоји аргументација да је арбитража у споровима из пореских уговора с уставноправне тачке гледишта неприхватљива из разлога фискалног суверенитета. Уосталом, и неке државе настале на истом правном наслеђу некадашње СФРЈ пошле су од тога да не постоји правна препрека за уговарање арби-

[83] MC OECD 2017, пар. 66 коментара уз чл. 25.

[84] Упор. нпр. Одлука Уставног суда Србије IУ-275/02, од 27. новембра 2003, *Службени гласник РС*, бр. 2/04.

[85] Sriram Govind, Laura Turcan, „The Changing Contours of Dispute Resolution in the International Tax World: Comparing the OECD Multilateral Instrument and the Proposed EU Arbitration Directive", *Bulletin for International Taxation* 3–4/2017, 2.3.

тражне клаузуле у пореске уговоре. Тако је Македонија још 1998. године закључила порески уговор са Холандијом, у којем се налази арбитражна клаузула, а такав уговор има и с Аустријом; арбитражне клаузуле унете су и у пореске уговоре Хрватске са Холандијом и Италијом, Словеније са Холандијом, Италијом и Швајцарском и Босне и Херцеговине с Аустријом.

Не треба изгубити из вида да ће Србија, уколико постане чланица ЕУ, морати у своје право да угради правне тековине ЕУ, међу којима је и Арбитражна конвенција,[86] којом је предвиђено да се у споровима о принципу „ван дохвата руке" и приписивања добити сталној пословној јединици предмет предаје „саветодавној комисији", уколико се путем МАП-а не постигне споразум у року од две године.

Анализом односа између МАП-а и пореске арбитраже настојали смо да у раду сагледамо целину питања са којим ће се Србија суочити, можда већ у неком од предстојећих преговора о закључењу или новелирању пореског уговора са државом чији резиденти желе повећан степен правне сигурности приликом инвестирања у српску привреду.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Altman, Z. D., *Dispute Resolution under Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 2006.

Arnold, B. J., „The Scope of Arbitration under Tax Treaties", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2016.

Blum, D., „Setting the Context: Overview of Dispute Resolution Mechanisms and Current Trends", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2016.

Brazier, L., „The Arbitrability of Investor – State Taxation Disputes in International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration* 1/2015.

Burnett, C., „International Tax Arbitration", *Australian Tax Review* 3/2007.

Carbonneau, T., Sheldrick, A., „Tax Liability and Inarbitrability in International Commercial Arbitration", *Journal of Transnational Law & Policy* 1/1992.

[86] *Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises*, *Official Journal of the European Communities*, L 225, 20.8.1990.

Coremans, J., „La procédure amiable. Belgique“, *Cahiers de droit fiscal international* 66a/1981.

Dourado, A. P., Pistone, P., „Some Critical Thoughts on the Introduction of Arbitration in Tax Treaties“, *Intertax* 3/2014.

Farah, E., „Mandatory Arbitration of International Tax Disputes: A Solution in Search of a Problem“, *Florida Tax Review* 8/2009.

Ganguly, M., „Tribunals and Taxation: An Investigation of Arbitration in Recent US Tax Conventions“, *Wisconsin International Law Journal* 4/2012.

Gildemeister, A. E., „Arbitration of Tax Treaty Disputes“, *Transnational Dispute Management* 5/2007.

Govind, S., Turcan, L., „The Changing Contours of Dispute Resolution in the International Tax World: Comparing the OECD Multilateral Instrument and the Proposed EU Arbitration Directive“, *Bulletin for International Taxation* 3–4/2017.

Groen, G., „Arbitration in Bilateral Tax Treaties“, *Intertax* 1/2002.

Jacob, F. *et al.*, *Handbook on the 1989 Double Taxation Convention between the Federal Republic of Germany and the United States of America*, IBFD, Amsterdam 1991.

Кнежевић, Г., Павић, В., *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Koch, K., „Mutual Agreement – Procedure and Practice. General Report“, *Cahiers de droit fiscal international* 66a/1981.

Kollmann, J., Turcan, L., „Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges“, *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2016.

McIntyre, M. J., „Comments on the OECD Proposal for Secret and Mandatory Arbitration of International Tax Disputes“, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series* 7–5/2006.

McNair, A. D., *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford 1961.

OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues*, Paris 1984.

OECD, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, Paris 2015.

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Paris 2017.

OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Paris 2017, *http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement*, 28. децембар 2017.

Park, W. W., „Arbitrability and Tax“, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Petruzzi, R., Koch, P., Turcan, L., „Baseball Arbitration in Comparison to Other Types of Arbitration“, *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2016.

Pit, H. M., „Arbitration under the OECD Model Convention: Follow-up under Double Tax Conventions: An Evaluation“, *Intertax* 6–7/2014.

Поповић, Д., Костић, С. В., *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, Цекос-Ин, Београд 2009. (Popović, D., Kostić, S. V., *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Pravni okvir i tumačenje*, Cekos-In, Beograd 2009)

Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Quiñones Cruz, N., „International Tax Arbitration and the Sovereignty Objection: The South American Perspective“, *Tax Notes International* 51(4)/2008.

Ramos Muñoz, D., „Tax Arbitration and Its Issues: From Fiction to Reality, to Surrealism“, *Spain Arbitration Review* 21/2014.

Schoueri, L. E., „Arbitration and Constitutional Issues“, *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2016.

Sucharitkul, S., „Sixth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property“, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, Part 1, 1984.

Tittel, J., *Das Verständigungsverfahren nach den Doppelbesteuerungsabkommen*, University Press Freie Universität, Berlin 1963.

Tulis, B. A., „Final-Offer ‘Baseball’ Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications“, *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* 20(1)/2010.

Vogel, K., *Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, London – Boston 1997.

Vogel, K., Prokisch, R. G., „Interpretation of Double Taxation Conventions. General Report“, *Cahiers de droit fiscal international* 78a/1993.

Züger, M., *Arbitration under Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 2001.

Dejan Popović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

Gordana Ilić Popov, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

ARBITRATION IN INTERNATIONAL TAX LAW: LEGAL OBSTACLES TO AGREEING

Summary

Article 25 (5) of the OECD Model Convention contains a provision that defines the failure of the mutual agreement procedure to solve a dispute whether a person has been taxed in a manner that is not in accordance with the provisions of the Convention within two years as a deferred condition for activating the arbitration clause. The parties in arbitration are the Contracting States rather than the taxpayer who initiated it.

Despite the advantages of the arbitration dispute resolution, numerous developing countries do not accept the arbitration clause stating that it would violate their fiscal sovereignty from two reasons. Firstly, the authors point out that relying on the „baseball arbitration“ would diminish the relevance of the objection that arbitration jeopardises administrative independence. Secondly, the objection that the state cannot renounce its right to tax is also untenable since it overlooks the difference between the state's sovereign inalienable right to introduce tax and its right to collect a disputed amount. Neither remaining two constitutional-law arguments are valid. From the point of view of the rule of law principle, there is no justification to confine arbitration only to the issues concerning the interpretation of facts. From the point of view of the principle of equality, the constitutional courts will not require symmetrical access to arbitration in domestic tax disputes since they tend to interpret this principle in the manner that it applies to the persons in the same or similar legal situations

– namely, to those who meet the requirements for arbitration stipulated in a tax treaty.

The authors conclude that Serbia should reassess its negative attitude on tax arbitration, which will make it easier for her to deal with the obligation emerging in the accession negotiations to adopt the EU Arbitration Convention as a part of the *acquis*.

Key words: *Tax arbitration. – Tax treaties. – Mutual agreement procedure (MAP). – Fiscal sovereignty. – Right to tax.*

Article history:
Received: 25. 2. 2018.
Accepted: 10. 4. 2018.

УДК 347.918:347.79

CERIF: S136, S144, S151

Др Небојша Јовановић[*]

ПОМОРСКЕ АРБИТРАЖЕ[**]

У чланку се објашњавају поморске арбитраже, као врста посебних арбитража. При томе се разматрају само главне особине поморских арбитража уопште, по којима се разликују од других врста арбитража, без разматрања појединих институционалних поморских арбитража у свету (нпр. Лондонска, Њујоршка, Париска). Поморске арбитраже решавају спорове у поморству и у вези са њиме. Писац најпре разматра основне случајеве у којима се уговара поморска арбитража, као што је бродарски уговор, градња брода, продаја брода, судар, спасавање или заједничка хаварија. Затим указује на њихове главне особености у односу на остале врсте арбитража (на пример, неподобност правника за арбитре, двостепеност), на разлике између common law и континенталних арбитража, као и између западних и азијских арбитража. На крају се укратко приказују поједине важније поморске арбитраже у свету (на пример, Лондонска, Њујоршка, Хамбуршка). У закључку се указује на значај поморских арбитража за Србију и истиче њихово слабо познавање.

Кључне речи: *Арбитража. – Поморске арбитраже. – Пресудитељ. – Umpire.*

1. УВОД

Осим општих арбитража којима се може поверити на решавање сваки арбитрабилан спор, постоје и посебне (специјализоване) арбитраже које по својим правилима прихватају да поступају само у споровима одређене врсте, односно у одређеним правним областима. Тако, постоје инвестиционе, трговинске, берзанске (робне и финансијске), грађевинске, па и спортске арбитраже. Посебна врста

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *nebojsaj@ius.bg.ac.rs*.

[**] Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину.

трговинских арбитража јесу поморске арбитраже.[1] Оне се оглашавају надлежним за решавање само имовинских спорова који се односе на искоришћавање поморских бродова, односно оних који настају у вези са поморском пловидбом. Најзначајније поморске арбитраже су смештене у лучке градове са највећим прометом у свету. Отуда се најзначајније поморске арбитраже налазе у Лондону, Њујорку и Хамбургу, мада се последњих деценија све више развијају арбитраже у азијским земљама упоредо са јачањем њихових привреда (Хонгконг, Токио, Сингапур и др.). Поморске арбитраже имају неколико правно значајних особености у односу на остале врсте арбитража, уз то што се међусобно разликују по организацији, поступку и односу према судовима.

Бродари редовно стављају у своје типске уговоре (нпр. бродарски и возарски уговори, уговори о тегљењу или спасавању) и теретнице углавке којима се предвиђа надлежност неке од поморских арбитража за случај спора. Србија нема излаз на море, али се велики део њене спољне трговине одвија поморским путем са прекоморским земљама (нпр. Италија и друге земље Средоземног мора, Кина, Русија, Сједињене Америчке Државе). Отуда је корисно да се српско правништво упозна са важнијим поморским арбитражама и њиховим особеностима.

2. ПОМОРСКИ СПОРОВИ

Поморски спорови су они који проистичу из односа учесника у поморству уопште, а нарочито у вези са искоришћавањем поморских бродова. Бројне су врсте тих спорова. Прво, то су спорови из уговора о превозу, без обзира на то да ли су бродарски или возарски уговори. Они се најчешће тичу наплате бродареве возарине од корисника превоза или његове уговорне одговорности за штету кориснику превоза услед губитка или оштећења робе, смрти или телесне повреде путника или закашњења у превозу робе или путника. Друго, чести су и спорови о деликтној одговорности бродара због судара бродова, бродолома или других пловидбених незгода (на пример, удари у плутајуће или обалне уређаје, као што су лучки докови, дизалице, балисажне ознаке, те подводни каблови и цеводови). Трећа врста су спорови поводом постојања заједничке хаварије и обавезе доприноса њених учесника (на пример, бродара и власника терета). Четврта врста су спорови поводом награде за спасавање, било у погледу основа обавезе њеног плаћања, било у погледу њене висине.

[1] Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет, Београд 2000, 73, 99.

Пета врста поморских спорова проистиче из уговора о градњи и о купопродаји брода. Они могу да буду бројни, зависно од њиховог разлога (неиспорука брода, мане брода, неплаћање цене и др.). Шеста врста су спорови из уговора о тегљењу, било због одговорности тегљача или тегљеног за штету сауговорнику, било због неплаћања тегљарине. Седма врста спорова проистиче из пратећих делатности у поморству, као што су пловидбено осигурање и поморско заступање (нпр. о осигурачевој обавези накнаде штете, о осигураниковој обавези исплате премије).

Учесници у пловидби чешће поверавају повременим (*ad hoc*) поморским арбитражама спорове из превоза и судара, док сталним арбитражама чешће поверавају спорове из уговора о градњи бродова и о њиховој продаји.[2] Због економског и правног значаја, те због особености поморских спорова, Међународна трговинска комора у Паризу и Међународни поморски комитет заједно су 1978. године донели Правила о међународној поморској арбитражи (енгл. ICC/CMI *International Maritime Arbitration Rules*; скр. МТК/МПК правила).[3]

3. ПРАВНИ ИЗВОРИ

У Србији нема посебних извора за поморске арбитраже, тако да се на њих примењују правила општих извора, која важе и за остале врсте арбитражних спорова. То су Закон о арбитражи из 2006.[4] и Правилник о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије из 2016. године.[5]

И званични међународни извори права су опште природе јер не уређују посебно поморске арбитраже. Најзначајнији су Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (Женева) из 1961.[6] и Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (Њујорк) из 1958. године.[7] Европска конвенција о јединственом зако-

[2] Francesco Berlingieri, „International Maritime Arbitration“, *Journal of Maritime Law and Commerce* (*JMLC*) 10(2)/1979, 201, 217–235.

[3] Rolf Stoedter, „International Maritime Rules (ICC/CMI)“, *International Business Lawyer* (*IBL*) 8(xi)/1980, 302.

[4] Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

[5] Правилник о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 101/2016.

[6] Југославија је ратификовала ту конвенцију 1963. (*Службени лист СФРЈ*, бр. 12/1963), а Србија је, као њена правна следбеница, поновила ратификацију 2001. године.

[7] Србија је уговорница те конвенције, као правна следбеница Југославије, која ју је ратификовала 1981. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 11/1981).

ну о арбитражи (Стразбур) 1966. године није ступила на снагу због тога што је није ратификовао довољан број држава.[8] Од незваничних међународних извора значајан је УНЦИТРАЛ-ов Модел-закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године са изменама из 2006. године, који је био узор за писање нашег Закона о арбитражи.[9] Он се примењује на поморску арбитражу само ако то странке у спору уговоре, односно ако је саставни део правила неке сталне поморске арбитраже. Отуда су једини извори права специјализовани за поморску арбитражу правила појединих сталних поморских арбитража (у Њујорку, Лондону, Паризу, Хонгконгу, Сингапуру, Москви итд.). Пошто су та правила незванични извори права, примењују се само ако их странке у спору уговоре. Поморске арбитраже тим правилима уређују своју организацију, образовање свог органа за решавање појединог спора и поступак. У случају празнина у њима, меродавно је национално право земље њеног седишта, ако странке у спору нису друкчије уговориле. За разлику од сталних поморских арбитража, повремене (*ad hoc*) арбитраже немају таква правила због тога што се образују од случаја до случаја. Због тога су у њима именовани арбитри слободни да сами одреде (осмисле) правила по којима ће поступати у спору, али уз обавезно поштовање основних процесних начела (нпр. једнакост странака, расправност). Кад то не учине (нпр. не сложе се о томе), онда је обично меродавно национално право земље места њиховог поступања, ако странке у спору нису уговориле меродавност неког другог извора права (правила неке сталне арбитраже, УНЦИТРАЛ-ов Модел-закон, страно национално право и др.).

Битна разлика у поступању између сталних и повремених арбитража тиче се улоге суда земље у којој се поступак води. Суд има слабију улогу у поступку пред сталним арбитражама него у поступку пред повременим арбитражама. У поступку пред повременом арбитражом, кад год наступи сметња у вођењу поступка, а нарочито кад настане спорно питање између странака или арбитара, суд земље њеног поступања надлежан је да на захтев странке или именованог арбитра донесе одлуку о томе. То је, на пример, случај кад странке нису уговориле број арбитара, или кад јесу, али обе или једна од њих

---

[8] *Напомена* – Ратификовала ју је само Белгија, а потписала још само Аустрија. Вид. *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/056/signatures?p_auth=i1bWeChO*, 21. фебруар 2018.

[9] *Напомена* – УНЦИТРАЛ је скраћеница од енглеског израза *UN Commission on International Trade Law* (Комисија УН за међународно трговинско право). То је стручни орган ОУН задужен за развој међународног трговинског права, а нарочито за уједначавање националних права у тој области. Више о правним изворима за арбитраже вид. Мирјана Цукавац, „Границе арбитрабилности према југословенском праву“, *Право и привреда (ПП)* 5–8/2003, 247, 248.

не именује арбитра, или кад од странака именовани арбитри не могу да се сагласе о трећем арбитру, или кад се захтева изузеће именованог арбитра. У сталној арбитражи нема потребе за таквом улогом суда јер га замењују њени органи, који та питања решавају у складу са њеним правилима (нпр. администрирање списа, именовање, изузеће и замена арбитара).[10]

4. ОСОБЕНОСТИ ПОМОРСКИХ АРБИТРАЖА

4.1. Набрајање особености

Поморске арбитраже, у суштини, имају исте особине као и остале врсте арбитража јер су правила према којима се образују и поступају врло слична. Ипак, имају четири битне особености: 1) искључење правника као арбитара; 2) двостепеност поступка; 3) одступање од релативног дејства арбитражног споразума и 4) примена права морепловаца.

4.2. Искључење могућности да правници буду арбитри

Углавком о надлежности поморске арбитраже у бродарским уговорима и теретницама често се одређује да арбитар не сме да буде правник. У неким углавцима се о томе закључује применом метода разлога супротности јер се предвиђа да арбитар може да буде само из „поморске струке односно лице које је стручно за питање у предмету спора" (трговац, инжењер, поморац, економиста и др.). Како правник није стручан за, на пример, техничко (нпр. оштећење брода), технолошко (нпр. квар робе) или економско питање (нпр. процена робе или брода), значи да не може да буде арбитар. У другим углавцима је правнику (нпр. адвокату) изричито и јасно забрањено да буде арбитар.[11] Такви углавци су у швајцарском и холандском праву ништави.[12] У Србији нема изричите забране у закону за такве углавке. Закон о арбитражи допушта да арбитар буде свако пословно способно лице, домаћег или страног држављанства, ако има својства која су

[10] F. Berlingieri, 200.

[11] М. Трајковић, 99; R. Glenn Bauer, „Maritime Arbitration in New York", *IBL* 8(xi)/1980, 307.

[12] F. Berlingieri, 208, 217–231. *Напомена* – У енглеском праву су ништави углавци у арбитражном споразуму којим се странкама потпуно искључује право да тужбом од суда траже преиспитивање арбитражне одлуке из правних разлога. Ипак, пуноважни су углавци којим се уговорницима допушта да поднесу тужбу суду у спору тек пошто о стручном ванправном питању (нпр. о висини дуга или штете) одлучи арбитража. То је тзв. *Scott v Avery clause*. Вид. J. K. Macleod, A. T. Hudson, *Stevens & Borie Mercantile Law*, Butterworths, London 1978, 750, 751.

странке уговориле. Ако странке уговоре да арбитар буде лице стручно за предмет спора (нпр. машински или технолошки инжењер), подразумева се да не сме да буде за њега нестручно, што укључује и правника јер овај нема потребно уговорено својство. И кад је изричито уговорено да арбитар не сме да буде правник, у српском праву је јасно да је такав углавак пуноважан јер није забрањено да се својство одреди негативно, односно као сметња лицима која имају одређено својство (нпр. да су правници). Чини се да су та правила Закона о арбитражи диспозитивна у овом питању, те да домаћа стална арбитража има право да предвиди својим правилима да је обавезан правник по занимању, као арбитар, у поступцима који се воде у њеној организацији (нпр. као председник већа у споровима веће вредности).

4.3. Двостепеност поступка

Према правилима већег броја сталних поморских арбитража, странка незадовољна одлуком арбитраже има право жалбе њеном другостепеном органу. Исто тако, национална права често предвиђају право на жалбу суду против одлуке повремене арбитраже. Разлог је тај што су поморске арбитраже без учешћа правника стручне за ванправна питања, али не и за правна. Због тога се незадовољној странци даје право да захтева преиспитивање арбитражне одлуке пред другостепеним органом из разлога повреде основних правних правила у вођењу поступка и одлучивању.[13]

4.4. Одступање од релативног дејства арбитражног споразума

Поморске арбитраже каткад спајају више арбитражних поступака, упркос томе што све странке у њима нису иста лица и што се воде поводом спорова из различитих уговора и арбитражних спора-

[13] Двостепеност поступка није особеност само поморских арбитража већ и других специјализованих арбитража за спорове у вези са сировинама и индустријом (тзв. сировинске или индустријске арбитраже; вид. М. Трајковић, 99). Право на жалбу против одлуке повремене арбитраже дају, на пример, законици о грађанском судском поступку Француске и Италије, под условом да га се странке у спору нису уговором одрекле. Према правилима Поморске арбитражне комисије Русије са седиштем у Москви, странка незадовољна арбитражном одлуком има право да јој уложи жалбу из разлога повреде права. Тада се предмет уступа новом арбитру или већу, које странке морају да именују, а ако то не учине, именује га Поморска арбитражна комисија ове арбитраже. Према правилима МТК/МПК (чл. 15), подразумева се да се странке одричу права на жалбу подношењем тужбе Међународној поморској арбитражи у Паризу. Значи, ако странке изричито задрже право на жалбу у арбитражном споразуму, поступак је двостепен. Странке, међутим, имају увек право на жалбу против одлуке арбитра односно већа, којом само себи одређује накнаду за рад. Према уложеној жалби, Арбитражна комора образује жалбени комитет, који о њој одлучује у другом степену. Вид. F. Berlingieri, 205, 206 и 247; R. Stoedter, 304.

зума. Тиме се ради појефтињења и убрзања решавања спорова одступа он начела релативног дејства уговорних односа. То је допуштено кад спорови потичу из истог чињеничног стања, али из различитих уговора које су њихови учесници међусобно закључили. Најчешће је реч о споровима између уговорника у бродарском (чартер) и подбродарском (подчартер) уговору.

Власник брода често бродарским уговором на време омогућава другом лицу (наручиоцу; чартереру) да искоришћава његов брод за одређено време (нпр. три године). Након тога (нпр. после годину дана), наручилац тог брода може да закључи подбродарски уговор са трећим лицем (поднаручиоцем, подчартерером), који може да траје најдуже до истека бродарског уговора (нпр. на две године). Поднаручилац може својом кривицом да нанесе штету броду током трајања подбродарског уговора, те да је не отклони ни он ни наручилац из бродарског уговора (нпр. поправком брода) док се не врати његовом власнику. Бродар тада има право да тражи накнаду штете од наручиоца, као свог сауговорника из бродарског уговора, иако је овај није изазвао. Ипак, наручилац му је уговорно одговоран за штету јер одговара за штетне радње трећих лица (нпр. поднаручиоца), којима је поверио брод током трајања уговора (нпр. по основу подбродарског уговора). Власник нема право да тужи поднаручиоца по основу његове уговорне одговорности за штету јер је овај за њега треће лице пошто са њим није закључио уговор. Власник има право да тражи одштету и од поднаручиоца по основу деликтне одговорности, али тада понекад сноси већи доказни терет јер у неким националним правима (нпр. енглеско право) мора да доказује кривицу штетника. Напротив, сауговорникова кривица за штету по основу уговорне одговорности се претпоставља, те оштећени власник брода не мора да је доказује у парници за накнаду штете, чиме му се доказни терет олакшава.

Ако је и у бродарском и у подбродарском уговору предвиђена надлежност арбитраже, онда власник брода има право да тужбом покрене арбитражни спор за накнаду штете против наручиоца, као свог сауговорника. Исто право има и наручилац против поднаручиоца у подбродарском уговору како би остварио своје право регреса за накнаду штете коју буде принуђен да плати у арбитражном спору у којем га је власник брода тужио. Тада се истовремено воде два арбитражна поступка подовом истог догађаја и једног истог права, а то је право на накнаду штете. У једном поступку је ималац права на накнаду штете власник брода, а у другом је то наручилац по основу права регреса, док је крајње одговорно лице исто, а то је поднаручилац. У својој одбрани у парници са власником, али и у парници са поднаручиоцем, наручилац може да предложи спајање поступака

који се воде пред истом арбитражом. Ако арбитража у првопокренутом поступку одлучи да се споје поступци и предмети, онда тужени поднаручилац у касније покренутом поступку мора да се упусти у спор са власником брода у првопокренутом поступку, иако је треће лице, јер са њим није закључио ни бродарски уговор ни арбитражни споразум. Строго правно гледано, то је забрањено јер арбитража може да заснује своју надлежност само у спору између лица која су се о томе споразумела. Ипак, у пракси поморских арбитража допуштено је спајање поступака у таквим случајевима. Тада се за оба спора, али у једном поступку, доноси једна арбитражна одлука, која обавезује власника брода, као тужиоца, и поднаручиоца, као туженог, иако нису у непосредном уговорном односу, те су у међусобним односима трећа лица.[14]

Спајањем арбитражних поступака у таквим поморским споровима избегава се да у два спора поводом истог догађаја буду донете различите арбитражне одлуке у одвојеним поступцима. Осим тога, штеди се у трошковима поступка јер их странке сносе само за један, уместо за два поступка. Ризик различитих арбитражних одлука, упркос истим чињеницама у одвојеним поступцима, битно се повећава ако је уговорена надлежност различитих арбитража. То се десило у спору *Showa Shipping Co. v. Bunge Corp (The Stonepool)*.

> У том спору су власник и наручилац у бродарском уговору предвидели надлежност арбитраже Њујоршке робне берзе (скр. *NYPE*) са местом поступања у Лондону. Наручилац је уговорио са поднаручиоцем у подбродарском уговору надлежност исте арбитраже, али са местом поступања у Њујорку. Током пловидбе је повређен морнар, те је брод скренуо са уговореног пута да би овај био збринут на копну, услед чега је закаснио на одредиште. Због закашњења у испуњењу уговора, настала је штета, те се јавило питање одговорности наручиоца, односно поднаручиоца за штету власнику брода јер овај није могао на време да започне превоз за треће лице по новом уговору. У арбитражној парници у Лондону спорно је било питање да ли је брод имао право на скретање због случаја тзв. нужде, односно да ли је током скретања са пута испуњавао обавезе из уговора или није. У спору у Лондону је арбитража донела одлуку, те су се странке, ослањајући се на њу, упустиле у спор пред арбитражом у Њујорку. Ова је, међутим, одлучила супротно.[15]

---

[14] Преседан којим је допуштено спајање у овом случају донео је Жалбени суд државе Њујорк (САД) у парници *Vigo Steamsihp Corp. v. Marship Corp.* 1970. год. Вид. 257 N.E.2d 624, 309 N.Y.S.2.d 165, 1970 A.M.C. 1337; према Richard H. Sommer, „Maritime Arbitration – Some of the Legal Aspects“, *Tulane Law Review* 49/1974–1975, 1042–1046; R. G. Bauer, 309.

[15] S.M.A. No. 760 (1973); према R. H. Sommer, 1042.

У спајању арбитражних поступака, међутим, може да буде споран састав арбитраже јер различити арбитри могу да буду именовани у сваком од спојених поступака. Да ли то значи да сви именовани арбитри у сваком од поступака заједнички одлучују у поступку након спајања? Ако одлучују, може да буде спорно да их је превише у арбитражном већу, те да је то супротно углавцима о броју арбитара у споразумима које су странке закључиле. На пример, ако је у сваком арбитражном споразуму одређено да одлучује веће од три арбитра, након спајања би требало да их буде шест у већу, што је противно углавку о броју арбитара. Ако је уговорено да буде само један арбитар, онда их опет након спајања има два, што је противно уговору. Тиме се јавља и питање ништавости арбитражне одлуке због непрописног састава арбитраже. Осим тога, спорно је и питање којом већином гласова се одлучује у арбитражном већу, све и да странке пристану на повећање броја његових чланова. У пракси се нашло решење за то питање. Оно се састоји у томе што наручилац у бродарском уговору, као странка у обе парнице (у једној је тужена, а у другој тужилац), именује свог арбитра у већа у оба поступка пре спајања. Након спајања, повлачи свог арбитра (односно арбитре) из оба поступка, препуштајући тиме арбитрима које су именовали власник брода и поднаручилац да изаберу трећег арбитра, као председника већа, у спојеном поступку.[16]

Није јасно да ли је допуштено спајање само поступака који се воде пред истом арбитражом или и оних који се воде пред различитим арбитражама поводом истог догађаја. Несумњиво је да је допуштено спајање поступака који се воде пред истом арбитражом ако је то у складу са њеним правилима. Чини се, међутим, да није допуштено спајање поступака који се воде пред различитим арбитражама јер би се тиме повредила правила о надлежности арбитраже. То би била повреда начела уговорног одређивања надлежности арбитраже, у односу на које је начело ефикасности рада арбитраже мање значајно. Због тога, ако би се то питање јавило у судској пракси, суд не би смео да спајањем поступака развласти једну арбитражу, чија је надлежност пуноважно уговорена за одређени спор, а да овласти другу, чија надлежност није уговорена. Исто тако, ако би о спајању

[16] R. H. Sommer, 1045; R. G. Bauer, 309. У случају *The Rona*, међутим, наручилац није повукао свог арбитра након спајања поступака, а поднаручилац је приговорио да не пристаје на измену уговореног састава већа. У насталој парници Врховни суд државе Њујорк (САД) одлучио је да три арбитра, од којих су по једног именовали власник брода, наручилац и поднаручилац, имају право да именују додатна два арбитра те да петочлано веће одлучује већином гласова свих својих чланова (значи, три). Тиме је суд изменио арбитражне споразуме уговорника у спору, тако што им је наметнуо петочлано веће, уместо трочланог, како су уговорили. Вид. N.Y. Sup. Ct. 1975 (одлука није званично објављена); према R. H. Sommer, 1045, 1046.

поступака требало да одлучи једна од арбитража пред којом се води поступак чије се спајање тражи, она не би имала право да одузме предмет другој арбитражи на захтев једне од странака, осим ако се противник сагласи са тиме.

У Србији је допуштено спајање парничних поступака само ако се воде пред истим судом, али не и пред различитим судовима. Тада је допуштено, ради убрзања и појефтињења поступака, да се више парница споји у једну, те да се за све њих донесе једна одлука. Битно је да је бар једно исто лице странка у свим спојеним парницама, било као тужилац, било као тужени.[17] Пошто Закон о арбитражи у том питању нема правила, није јасно да ли је у Србији допушено спајање арбитражних поступака на начин описан за поморске арбитраже у свету. Утисак је да није забрањено, под условом да је спајање уређено правилима поступајуће арбитраже. Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије допушта спајање арбитражних поступака који се пред њом воде у случају кад су „странке једна против друге поднеле више тужби у истим или различитим правним односима“, из разлога „економичности или сврсисходности“ (чл. 29). Арбитража, међутим, не може да натера странке на спајање поступака јер нема право да донесе о томе правно обавезујућу одлуку (закључак). Напротив, њен секретаријат тада има право да „настоји“ да странке пристану на вођење једног поступка. Законска правила о судском парничном поступку меродавна су за арбитражни поступак кад год странке нису у одређеном питању друго уговориле нити правила арбитраже друго предвиђају. Из тога се закључује да је спајање арбитражних поступака у Србији допуштено под истим условима као у судском поступку, с тим што је нужна сагласност странака у свим арбитражним поступцима који се спајају.

4.5. Примена права морепловаца

Странке у поморским уговорима често одређују да је за решавање евентуалних спорова меродавно *lex maritima*. Под тим подразумевају опште („наднационално“) поморско право, које важи за све учеснике поморске пловидбе без обзира на важећа права појединих држава (тзв. национална права). Оно се састоји од правила садржаних у бројним изворима поморског права, која су општеприхваћена у поморству у целом свету. Њихови извори су поморски обичаји, поморске узансе, конвенције, па и пракса, и то од најстаријих времена до данас. То су, рецимо, правила о пленидби бродова, препуштању брода оштећеницима или осигурачу (тзв.

[17] Закон о парничном поступку Србије, *Службени гласник*, бр. 72/2011, ..., 45/2014, чл. 328. Вид. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1999, 222.

абандон), привилегијама на бродовима, непожељном суду,[18] заједничкој хаварији, судару бродова и другом. Оно није везано за било које национално право јер се по њему понашају поморци свуда у свету, укључујући и отворено море. Због тога је део права трговаца (*lex mercatoria*), као шире правне области.

Уговарањем права помораца, као меродавног за решавање арбитражног спора, уговорници изузимају свој однос из националног права било које државе. Тада је арбитража надлежна да спор реши по правилима *lex maritima*, те суд не сме да поништи арбитражну одлуку само из разлога повреде правила неког националног права, ако су арбитри поштовали основна правна правила у поступању и одлучивању.

Три су разлога којима се оправдава пуноважност арбитражних споразума са углавком о *lex maritima.* Прво, арбитри су често из свог личног искуства добро упознати са обичајима који владају о одређеној врсти трговине. Друго, многи савремени арбитражни закони предвиђају да арбитража мора да уважава трговачке обичаје, без обзира на национално право које је меродавно за спор. Треће, арбитри често уживају слободу у избору права меродавног за спор. Та слобода се односи и на правила која странке саме изаберу, па и на она која не спадају ни у једно национално право. Ако је странкама дато право да уговоре да арбитража одлучује на основу правичности (*ex aequo et bono*), без обавезе да поштује било каква правила, осим свог осећаја за правду, онда јој се мора признати право да одлучује и на основу *lex maritima*.[19]

5. РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ *COMMON LAW* И КОНТИНЕНТАЛНИХ АРБИТРАЖА

5.1. Број арбитара

Поморске арбитраже постоје и у земљама континенталног правног система и у земљама *common law* система. Арбитражна права оба правна система различита су у многим детаљима, али су објашњене особености поморских арбитража заједничке у оба прав-

[18] *Напомена* – Правило о непожељном суду (*forum non conveniens*) јесте правило судске праксе, према којем је ништав сваки углавак уговора којим се одређује надлежност неког суда или арбитраже ако се тиме ублажавају законом прописане одговорности превозиоца за штету кориснику превоза. Поништајем таквог углавка суд једне земље преузима надлежност да одлучи у спору, упркос томе што су странке уговориле надлежност арбитраже или суда друге земље. Вид. Buiffy D. Lord, „Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration“, *Ocean and Coastal Law Journal* 8(1)/2002, 77, 80.

[19] B. D. Lord, 81, 82.

на система. Најважније разлике између континенталних и *common law* арбитража јављају се у три процесна питања. Прво питање се тиче броја арбитара, друго састава арбитражног већа и начина одлучивања у њему, а треће односа судског и арбитражног поступка у истом предмету.[20]

У погледу броја арбитара, у *common law* систему се претпоставља да су странке уговориле арбитражу са једним арбитром, ако изричито нису уговориле број арбитара. У континенталном систему, међутим, важи обрнута претпоставка. Значи, ако странке нису уговориле број арбитара, обично се сматра да су уговориле арбитражно веће са непарним бројем чланова (редовно три).[21] Закон о арбитражи Србије у том питању је неутралан (чл. 16). Њиме се одређује да у том случају број арбитара одређује орган или институција коју су странке споразумом одредиле (тзв. орган именовања; нпр. треће лице у повременим арбитражама или председник сталне арбитраже). Ако орган именовања то не учини или га нема, онда број арбитара одређује суд. Тиме се, међутим, суду не даје никакав критеријум за одлучивање у том питању, што није добро јер његова одлука може да буде произвољна. Осим тога, незадовољна странка има право жалбе на одлуку суда, чиме се битно одуговлачи образовање арбитражног органа, а тиме и арбитражни поступак.[22]

5.2. Састав већа и начин одлучивања

У саставу и образовању органа арбитраже надлежног за одлучивање у спору, такође, постоје битне разлике између *common law* и континенталног система. Ако су странке у *common law* арбитражи уговориле да поступак води више арбитара, али нису одредиле колико их је у већу, онда се законом претпоставља да веће има два члана. Тада свака странка именује по једног арбитра, с тим што

[20] *Напомена* – У истраживању које је спровела адвокатска фирма *White & Case* 2012. године утврђено је да поступци континенталних арбитража трају краће него *common law* арбитража. Сматра се да је узрок томе различит начин извођења доказа ради утврђивања чињеница, а нарочито унакрсно испитивање сведока у *common law* арбитражама. Према David Kwok, „Maritime Arbitration and Cultural Differences“, *The Asian Business Lawyer* 17/2016, 78; Mark Harrison, „The London Arbitration“, *ПП* 5–8/1996, 35, 36. Занимљиво је да је поступак пред грчким поморским арбитражама врло сличан *common law* арбитражама. Вид. Georgios I. Zekos, „An Overview of Greek Maritime Arbitration“, *JMLC* 30(1)/1999, 81.

[21] F. Berlingieri, 209, 210; J. K. Macleod, A. T. Hudson, 755, 756; Herbert Holman, *A Handy Book for Shipowners and Masters*, London 1964, 392, 393; Јелена Перовић, „Конституисање арбитражног већа“, *ПП* 5–8/1999, 480, 481.

[22] О примедбама на двостепеност судског поступка у споровима о процесним питањима арбитраже вид. Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2014, 255.

ови морају одмах да одреде треће лице за пресудитеља (тзв. *umpire*). Пресудитељ не учествује у поступку, осим ако га именовани арбитри обавесте писмено да не могу да се сагласе у неком питању, а поготово о одлуци о предмету спора. Тада он доноси одлуку уместо њих, која је коначна и обавезујућа за странке. Ако два именована арбитра не могу да се сагласе о пресудитељу, или га именују али овај не прихвати именовање, или умре или постане неспособан, онда сваки именовани арбитар или странка има право да од суда затражи да именује пресудитеља. Практичност и ефикасност *common law* система нарочито се испољава у случају кад једна странка, у ситуацији кад је уговорено двочлано веће, не именује свог арбитра са намером да осујети образовање арбитраже и вођење арбитражног поступка. Странка која је по настанку спора именовала арбитра мора писмено да обавести свог противника о томе, при чему има право да га позове да именује „свог" арбитра. Ако овај то не учини у року од седам дана по пријему обавештења, странка која је именовала арбитра има право да га одреди као јединог арбитра надлежног да одлучи у спору. Тиме јој се даје право да једнострано укине углавак у арбитражном споразуму о двочланом већу. Међутим, суд има право да на захтев противника укине такво именовање, те да одреди друго лице за арбитра.[23]

Насупрот систему *common law*, у континенталним системима се, у случају да број чланова већа није одређен арбитражним споразумом, претпоставља да су уговориле веће са непарним бројем чланова.[24] То значи да их мора бити најмање три, од којих свака странка именује по једног, а ови потом именују трећег, као председника већа. Ако једна странка не именује свог арбитра или остане упражњено место именованог арбитра (нпр. због оставке, изузећа, смрти), а странке се не сагласе о његовом попуњавању (нпр. да одреде новог арбитра), упражњено место попуњава суд у случају повремене арбитраже, односно надлежни орган у сталној арбитражи (нпр. њен председник или председништво). На исти начин се именује, односно попуњава упражњено место председника већа (нпр. смрт, изузеће, оставка, неспособност) ако именовани арбитри не могу да се сагласе о томе.

[23] *Напомена* – Објашњена правила о броју арбитара и начину њиховог именовања потичу из енглеског права, али готово иста правила важе и у законима САД, па и других земаља система *common law*. Право САД ипак не допушта једној странци да именује арбитра за другу ако ова то не учини у одређеном року пошто буде позвана, као што то допушта енглеско право. Вид. F. Berlingieri, 211, 212, 214–217; J. K. Macleod, A. T. Hudson, 756, 757; R. G. Bauer, 307.

[24] *Напомена* – Права неких континенталних држава чак предвиђају ништавост углавка о парном броју арбитара у већу (нпр. Италија, Холандија). У Белгији, међутим, такав углавак је правно ваљан, али се законом претпоставља да је уговорено веће од три члана, те се од странака именовани арбитри обавезују да именују трећег члана, као председника већа. Вид. F. Berlingieri, 202; H. Holman, 396.

У *common law* арбитражама пресудитељ сам коначно одлучује у случају несагласности именованих арбитара, чија функција као арбитара због тога престаје, а пресудитељева почиње. Кад пресудитељ ступи у поступак, именовани арбитри, међутим, имају право да наставе да пресудитељу износе доказе и своје мишљење, настојећи да га убеде у исправност свог става. Пресудитељ не мора да уважи став ниједног од њих већ може да донесе „своју" одлуку. Насупрот томе, у континенталним арбитражама нема пресудитеља јер се одлучује већином гласова свих чланова већа, који гласају о томе да ли да се тужбени захтев усвоји. Значи, ако веће има три члана, одлука се доноси гласовима два члана, а ако их је пет, онда су нужни гласови три члана. Ако такве већине нема, тужбени захтев је одбијен.[25]

Законом о арбитражи Србије императивно се одређује да број чланова већа мора да буде непаран, те је споразум о парном броју чланова ништав. Ако странке не уговоре непаран број, о томе одлучује орган именовања сталне арбитраже, односно суд у случају повремене арбитраже (чл. 16). Грешка у Закону је то што се не претпоставља број чланова већа, за случај да странке уговоре веће а не одреде њихов број (нпр. три). Сталне арбитраже могу својим правилима да попуне ту празнину у Закону, али тога нема у повременим арбитражама, те судови немају критеријум да његово одређивање.[26] Арбитражно веће доноси одлуку већином гласова свих својих чланова, али странке могу да уговоре друго (чл. 51; нпр. систем пресудитеља у *common law*-у).

5.3. Однос судског и арбитражног поступка

У питању односа судског и арбитражног поступка у *common law* систему, суд ужива дискрецију у одлучивању да ли да се огласи ненадлежним кад му странка (обично туженик) истакне приговор да је уговорена арбитража у предмету спора или да је већ започет арбитражни поступак у истом предмету. То значи да суд не мора да усвоји приговор надлежности арбитраже већ да има право да настави поступак те да одлучи уместо арбитраже. Он може и да застане са поступком док се не оконча арбитражни поступак.[27]

---

[25] F. Berlingieri, 211, 212; J. K. Macleod, A. T. Hudson, 755–757; H. Holman, 393.

[26] Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије одређује да је веће трочлано, ако странке не уговоре друго (чл. 18).

[27] У Уједињеном Краљевству је, међутим, то правило из Закона о арбитражи из 1950. године измењено 1975. године. Изменом је суду наметнута обавеза да одбаци тужбу због ненадлежности ако му се истакне приговор да је по арбитражном споразуму за предмет спора надлежна арбитража. Данас је у тој земљи на снази

Пример за дискрецију суда у том питању је одлука Високог суда Аустралије у парници *Compagnie des Messgeries Maritimes v. Wilson*.[28]

> У том спору француски бродар је уговорио да превезе робу за аустралијског наручиоца од Сиднеја до Денкерка. Уговором је била предвиђена надлежност посебне арбитраже у Француској за случај спора, што је било наведено и у теретници. Бродар је у Денкерку испоручио мање робе него што је примио на превоз. Наручилац га је тужио суду у Аустралији, а бродар је истакао приговор ненадлежности суда због углавка о надлежности арбитраже у Француској. Аустралијски суд је, међутим, одбио да се огласи ненадлежним те је наставио поступак позивајући се на аустралијски Закон о превозу робе морем из 1924. године. Тим законом је била предвиђена искључива надлежност аустралијског суда за спорове у превозима у територијалним водама Аустралије. Истим законом су углавци у теретницама којим се предвиђа надлежност другог органа санкционисани ништавошћу. Самовоља аустралијског суда се овде испољава у томе што је спор настао у међународном, а не у унутрашњем превозу робе морем. Осим тога, готово ниједна држава не предвиђа искључиву надлежност домаћег суда за спорове из уговорних односа са страним елементом у превозу већ углавном само за стварноправне спорове у вези са домаћим бродовима. У овом случају је очигледно колико суд дискрецијом може да повреди начела правне сигурности и слободе уговарања.

За разлику *common law* система, континентална права већином предвиђају обавезу суда да се огласи ненадлежним у случају када је уговорена арбитража у истом спору. Услов да суд одбаци тужбу, међутим, јесте да је према објективном праву уопште допуштено да арбитража решава спор (тзв. арбитрабилност). Српско право следи континенталну правну традицију у том питању.[29]

Закон о арбитражи из 1996. године. И у САД суд мора да се огласи ненадлежним из истог разлога. Међутим, у неким земљама *common law* система суд и даље ужива дискрецију у том питању (нпр. Аустралија, Јужна Африка). Вид. F. Berlingieri, 209, 210; Kian Sing Toh, „Judicial Assistance in Maritime Arbitration: A Singapore Perspective“, *Singapore Academy of Law Journal* 18/2006, 775; Nicholas J. J. Gaskell, Charles Debattista, Richard J. Swatton, *Chorley and Gile's Shipping Law*, Pitman Publishing, London 1994, 3; P. G. Willis, „Special Maritime Arbitration Institutes“, *IBL* 9(x)/1981, 40; М. Трајковић, 163.

[28] (i954) 94 C.L.R. 577; према P. G. Willis, 403.

[29] R. Berlingieri, 202, 209, 210; ЗА, чл. 14.

6. РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ „ЗАПАДНИХ“ И АЗИЈСКИХ АРБИТРАЖА

Поморске арбитраже постоје у свим значајнијим поморским земљама. Док су до пре неколико деценија битно предњачиле арбитраже у западним државама у укупном броју поморских спорова у свету, у последње време, међутим, све већи значај добијају поморске арбитраже у азијским земљама. Значај им се повећава упоредо са јачањем њихових привреда уопште и бродарства посебно (нпр. градња бродова у Јужној Кореји и Јапану; превоз или лучке услуге у Јапану, Кини и Сингапуру). Због тога све већи број спорова решавају арбитраже у Хонгконгу, Токију и Сингапуру. Арбитраже тих земаља немају великих особености у односу на западне. Оне углавном решавају спорове зависно од националног права земље у којој се успостављају, тако да припадају или *common law* или континенталном систему.

Једна је, ипак, њихова одлика битна у односу на западне арбитраже, а она се тиче начина окончања арбитражног спора. Наиме, азијске арбитраже знатно више настоје да реше спор посредовањем између странака ради закључења поравнања (мирење) него западне арбитраже, које су склоније пресуђивању. У азијским земљама се сматра да је поравнање (тј. споразум странака у спору) бољи начин решења спора него пресуђење јер су њега странке вољније да поштују него арбитражну одлуку. Тиме се штеди на времену извршења, али и у трошковима, јер дужник обично не мора да се принуђује у извршном поступку да испуни обавезе, пошто их добровољно извршава. У азијским земљама се западним арбитражама приговора да су круте (легалистичке) јер у споровима одлучују на основу чврстих критеријума у законима и конвенцијама. То се често сукобљава са чињеницама у стварном животу, чиме се ствара неправда. Та разлика између западних и азијски (источних) арбитража потиче из различитих културних схватања и начина живота људи у њиховим земљама. Због тога су странке из Азије, а нарочито Кине, често подозриве према западним арбитражама јер сматрају да су непријатељски настројене према њима, а тиме и пристрасне у корист противника.[30]

7. ЗАКЉУЧАК

Иако Србија није поморска земља, поморске арбитраже су за њу значајне и економски и правно. Економски су значајне због тога

[30] D. Kwok, 75, 76, 79, 82–86, 89; Lawrence G. Cohen, „Maritime Arbitration in Asia“, *JMLC* 29(1)/1998, 117, 118; W. L. Rivers Black III, „Maritime Arbitration in the Asian Century“, *Tulane Maritime Law Journal* 14(2)/1990, 261, 262.

што у спољној трговини домаћих лица са прекоморским трговцима постоји ризик настанка спора у вези са коришћењем поморских бродова, за чије решавање је типским уговором или теретницом предвиђена надлежност поморске арбитраже. Тако, могуће је да је домаћи трговац наручилац морског превоза робе по основу уговора са бродаром или да је њен прималац са брода по завршеном превозу. Такође, домаће туристичке агенције су често организатори прекоморских путовања бродом, поготово оних луксузних (нпр. крстарење), где могу да се јаве спорови у вези са ваљаним пружањем превозних и угоститељских услуга током путовања. Осим тога, током путовања може да се деси пловидбена незгода са штетним последицама по домаће учеснике пловидбеног подухвата (нпр. губитак робе или пртљага, смрт или повреда путника).

Правни значај поморских арбитража по Србију јесте у томе што за случај поморског спора може да буде уговорена надлежност и арбитраже у Србији, сталне или повремене, без обзира на то што није поморска земља. Тада је могуће да се уговори да она поступа по правилима неке од светских поморских арбитража. И када то није уговорено, поверилац има право да заплени брод у страној земљи (нпр. у некој поморској луци) како би обезбедио извршење одлуке арбитраже у Србији, чија је надлежност уговорена у поморском спору са дужником.[31] Најзад, могуће је да је српски наручилац морског превоза са бродаром уговорио надлежност неке поморске арбитраже у свету (нпр. у Паризу, Лондону, Хамбургу или Хонгконгу). У свим тим случајевима корисно је да српски правници имају бар основна знања о поморским споровима, поморском праву и поморским арбитражама, како би што боље заштитили интересе и права домаћих привредних субјеката у поморству.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bauer, R. G., „Maritime Arbitration in New York“, *International Business Lawyer* 8(xi)/1980.

Berlingieri, F., „International Maritime Arbitration“, *Journal of Maritime Law and Commerce* 10(2)/1979.

[31] На пример, у Сингапуру је суд спреман да заплени брод у домаћој луци на захтев повериоца како би му обезбедио потраживање из одлуке коју тек треба да донесе арбитража у страној земљи, било да поступак пред њом тек треба да се покрене или је већ у току. Иако је било отпора таквој пракси, она је потврђена одлуком Жалбеног суда (*Court of Appeal*) Уједињеног Краљевства у случају *Vasso* (вид. [1984] 1 QB 477). Због тога би та пракса требало да важи у свим земљама Комонвелта, које потпадају под надлежност Дома лордова Уједињеног Краљевства, као њиховог врховног суда. Дато према K. S. Toh, 776–780.

Cohen, L. G., „Maritime Arbitration in Asia“, *Journal of Maritime Law and Commerce* 29(1)/1998.

Цукавац, М., „Границе арбитрабилности према југословенском праву“, *Право и привреда* 5–8/2003. (Cukavac, M., „Granice arbitrabilnosti prema jugoslovenskom pravu“, *Pravo i privreda* 5–8/2003)

Gaskell, N. J. J., Debattista, C., Swatton, R. J., *Chorley and Gile's Shipping Law*, Pitman Publishing, London 1994.

Harrison, M., „The London Arbitration“, *Право и привреда* 5–8/1996. (Harrison, M., „The London Arbitration“, *Pravo i privreda* 5–8/1996)

Holman, H., *A Handy Book for Shipowners and Masters*, London 1964.

Kwok, D., „Maritime Arbitration and Cultural Differences“, *The Asian Business Lawyer* 17/2016.

Lord, B. D., „Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration“, *Ocean and Coastal Law Journal* 8(1)/2002.

Macleod, J. K., Hudson, A. T., *Stevens & Borie Mercantile Law*, Butterworths, London 1978.

Павић, В., Ђорђевић, М., „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2014. (Pavić, V., Đorđević, M., „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2014)

Перовић, Ј., „Конституисање арбитражног већа“, *Право и привреда* 5–8/1999. (Perović, J., „Konstituisanje arbitražnog veća“, *Pravo i privreda* 5–8/1999)

Познић, Б., Ракић Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1999. (Poznić, B., Rakić Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1999)

Rivers Black III, W. L., „Maritime Arbitration in the Asian Century“, *Tulane Maritime Law Journal* 14(2)/1990.

Sommer, R. H, „Maritime Arbitration – Some of the Legal Aspects“, *Tulane Law Review* 49/1974–1975.

Stoedter, R., „International Maritime Rules (ICC/CMI)“, *International Business Lawyer* 8/1980.

Toh, K. S., „Judicial Assistance in Maritime Arbitration: A Singapore Perspective“, *Singapore Academy of Law Journal* 18/2006.

Трајковић, М., *Међународно арбитражно право*, Правни факултет, Београд 2000. (Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2000)

Willis, P. G., „Special Maritime Arbitration Institutes“, *International Business Lawyer* 9(x)/1981.

Zekos, G. I., „An Overview of Greek Maritime Arbitration“, *Journal of Maritime Law and Commerce* 30(1)/1999.

Nebojša Jovanović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

MARITIME ARBITRATIONS

Summary

In this article the author explains maritime arbitrations, as a type of specialized arbitrations. These are arbitrations that solve disputes between participants in maritime activities and related accidents (e.g., collision, general average). At the first place, the author analyses the basic cases where maritime arbitration is contracted, such as charter party, construction of ship, sale of ship, collision, salvage or general average. After that, he points to their main particularities comparing with other types of arbitrations (e.g. exclusion of lawyers, consolidation of procedures), as well as to different way of solving maritime disputes between western and Asian arbitrations. The author also explains the basic differences between *common law* and *civil law* arbitrations. He concludes the article by contemplating to the reasons of importance of maritime arbitrations for Serbia.

Key words: *Arbitration. – Maritime Arbitration. – Umpire.*

Article history:
Received: 23. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 343.272

CERIF: S130, S148

Др Ненад Тешић*

ДА ЛИ ЈЕ ПРАВО СЛЕДОВАЊА УСТАВОМ ЗАШТИЋЕНИ ИМОВИНСКИ ИНТЕРЕС И У ОДНОСУ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ** II део

Nullum commodum capere potest de sua propria iniuria.[1]

Аутор у овом раду истражује оне кривичноправне мере које нису усмерене на личност учиниоца већ непосредно утичу на његову имовинску позицију: одузимање предмета извршења кривичног дела, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом, одузимање имовине проистекле из кривичног дела.

У том контексту се поставља питање какав је однос тих мера и права трећих лица на одузетим добрима. Ако се основни правнополитички циљ свеобухватног одузимања имовине огледа у спречавању богаћења криминалних организација, а суштина хипотеке је у заштити права њеног имаоца erga omnes*, онда није тешко замислити ситуацију у којој се право следовања хипотекарног повериоца сучељава са том кривичноправном мером изреченом хипотекарном дужнику. Управо ту ситуацију аутор сматра адекватним тестом*

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину и представља наставак чланка под називом „Да ли је право следовања уставом заштићени имовински интерес и у односу на Републику Србију – I део", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018, 159–179. Аутор дугује нарочиту захвалност професору кривичног права Игору Вуковићу, за пријатељско читање овог рада и указивање на језичке и друге мањкавости.

[1] Нико не може имати користи од сопственог злодела. Jon R. Stone, *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterati's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005, 80.

за разрешење дилеме о томе да ли је право следовања имовински интерес који ужива пуну уставноправну заштиту.

Аутор покушава да пронађе „Аријаднину нит" која би нас извела из „правног лавиринта", онога што је оправдана реакција државе у борби против организованог криминала и онога што се сматра примереном заштитом субјективних права обезбеђених поверилаца. У раду се истиче да се у одговору на питање има ли хипотекарни поверилац право следовања у односу на државу, ако се мера свеобухватног одузимања односи на хипотековану непокретности, пре свега мора водити рачуна о савесности хипотекарног повериоца. Притом тај субјективни елемент судови морају да оцењују узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а нарочито: време настанка хипотеке (у односу на иницирање поступка одузимања), укупне пословне и друге односе хипотекарног повериоца и дужника, као и објективне промене у њиховим имовинским приликама пре и после заснивања хипотеке.

Кључне речи: *Проширено одузимање имовине (криминалне стечевине). – Уставноправна заштита имовине. – Хипотека. – Право следовања.*

3.7. Положај осталих лица „погођених" одузимањем

Према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „у поступку по захтеву за привремено одузимање имовине проистекле из кривичног дела, суд мора на законом предвиђен начин омогућити лицима које ова мера погађа да се изјасне о чињеницама и доказима важним за одлуку".[2] У ту групу лица свакако спадају и хипотекарни повериоци. Овде се овлашћење државе за одузимање криминалне стечевине сукобљава са правом следовања хипотекарног повериоца. У том смислу је важно уочити аргументе који говоре у прилог „претежнијег интереса" једне или друге стране.

3.7.1. Криминална стечевина није подобна за залагање

Присталице свеобухватног (проширеног) одузимања имовине прибављене криминалном делатношћу полазе од следећег једноставног примера: ако неко лице продаје дрогу за новац, онда тај новац као последица илегалне активности и не припада њему већ држави. Ако је то лице тим новцем купило непокретност, она од почетка није његова него државна.[3] Другим речима, титулар имовине која је у несразмери са његовим легалним приходима није савестан, отуда његова стечевина такве природе никада не може постати мир-

[2] Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. 66/2011 од 22. марта 2011, *Paragraf Lex.*

[3] Caleb Nelson, „The Constitutionality of Civil Forfeiture", *Yale Law Journal* 125(8)/2016, 2480–2481.

на.[4] Сходно тој концепцији, криминална стечевина је посебна имовина у склопу опште имовине лица против кога се води поступак одузимања.[5] На ту посебну имовину (фонд) примењују се правила о реалној суброгацији. Заговорници екстензивности у одузимању истичу да само на тај начин држава може доказати да се бављење криминалом не исплати, те да се свеобухватно одузимање не сматра санкцијом јер му недостаје репресија. Сходно овом приступу, хипотека заснована на неком добру из криминалне стечевине од почетка није ваљана, па се хипотекарни поверилац и не може позивати на своје право у односу на државу која је запленила такав предмет хипотеке.[6]

3.7.2. Одузимање криминалне стечевине у уставом зацртаним оквирима

Заговорници умереног приступа одузимању истичу да се чак ни приликом примене тако радикалне мере кривичноправне политике као што је одузимање криминалне стечевине не могу занемарити она средства заштите људских права која су међународни стандард у кривичним поступцима, на пример, правило о претпоставци невиности.[7] С обзиром на то да су циљеви који се желе постићи тим поступком по својој суштини кривичноправни (енг. *criminal law ob-*

4 Према мишљењу неких аутора, овде и није реч о власнику имовине него о њеном противправном држаоцу. Упор. Јелена Глушчевић, *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион" у Београду, Београд 2015, 27. Слично резонујући, немачки Уставни суд је у једној одлуци заузео став да приходи који имају свој извор у криминалној активности у принципу не подлежу уставноправној заштити имовине. BVerfG, 14. јануар 2004, *2 BvR* 564/95, *https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=14.01.2004&Aktenzeichen=2% 20BvR%20564%2F95*, 28. јун 2017.

5 Зависно од контекста, у римском праву се користило неколико назива за имовину, пре свих *patrimonит* и *bona* уз нешто учесталије појављивање појма добро (*bona*). Saša Nikšić, „Imovina u građanskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62(5–6)/2012, 1602. Осим општег појма имовине, римско право је у каснијем раздобљу прихватило и посебне имовине – *peculium*, *merx* и *dos*. У модерном праву се као пример имовинских целина у оквиру опште имовине углавном наводе посебна и заједничка имовина супружника. Опширније вид. Слободан Панов, „О заједничкој својини у браку", *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/98; Ненад Тешић, „О заједничкој имовини супружника", *Правни живот* 10/2006, 259–277; Дарко Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016.

6 Том питању се може приступити на нешто другачији начин, али са сличним расплетом. Може се, наиме, тврдити да окривљени или треће лице до одузимања можда јесте било ималац права, али да одлуком суда о одузимању држава прибавља предмет одузимања као оригинарни стицалац који не изводи своје право из права претходника.

7 У једној одлуци немачки Уставни суд је оценио потпуну конфискацију, пре свега због њене свеобухватности, као арбитрарну и супротну начелу о претпоставци невиности и начелу законитости. BVerfG, 20. март 2002, *2 BvR* 794/9, *https://dejure.*

jectives), законодавац не сме заобилазити уставне гаранције на којим почива кривични поступак обичном тврдњом да код одузимања имовине и није реч о кривичном поступку и (правим) кривичним санкцијама.[8] Чини се да оно што је овде истакнуто о неопходности заштите људских права у кривичноправној сфери једнако важи и за заштиту права на имовину које је гарантовано уставом и Европском конвенцијом о људским правима (ЕКЉП).

3.7.3. Савесни стицалац хипотеке ужива заштиту и у односу на државу

Ако се још једном укрсте аргументи наведених концепција постаје јасно да су убедљивији разлози прве концепције, по којој је свеобухватно (проширено) одузимање неопходно код „хватања у коштац" са најтежим облицима криминала. Сложеност утврђивања криминалног порекла одређених добара и њихових стварних власника, а нарочито код кривичних дела везаних за дрогу (енг. *drug-related crimes*),[9] прање новца (енг. *money laundering*) и високотехнолошки криминал (енг. *modern high-tech criminal activities*) намећу потребу за драконским мерама за заштиту виталних друштвених интереса.[10] Иако снажно утемељени, ти разлози се могу усвојити само уз одређене ограде. Они су без изузетка прихватљиви за одузимање криминалне стечевине у ужем смислу, дакле у ситуацији када је доказана каузална веза конкретног кривичног дела и стицања. Тако се на неким добрима по самој њиховој природи не може стећи својина нити она могу бити предмет стварноправног обезбеђења (на пример, опојна

---

org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=20.03.2002&Aktenzeichen=2%20BvR%20794%2F95, 28. јун 2017.

[8] C. Nelson, 2487. Према мишљењу тог аутора, треба припазити да се ова мера не претвори у свој антипод, односно начин издашног финансирања владиних тела, али без наплате пореза. На тај ризик указује и Leonard W. Levy, *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1996, 161–166. На сличне странпутице указује и анализа „How Civil Asset Forfeiture Turns Police into Profiteers, Heritage Found", *http://www.heritage.org/ForfeitureReform*, 28. јун 2017.

[9] Неки аутори аргументовано указују на опасност да се кружењем новца преко више банкарских рачуна новац криминалних група легализује. Sayaka Fukumi, *Cocaine Trafficking in Latin America: EU and US Policy Responses*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington 2008, 57. Додатно се може приметити да приступ који се заснива на праћењу токова новца (енг. *follow-the-money*) подразумева померање тежишта истраге са националног на наднационални ниво, што је на неки начин последица околности да се у модерном друштву међународни криминал сматра највећом претњом. Colin King, Clive Walker (eds.), *Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Routledge, Abingdon – New York 2014, 4.

[10] Опширније вид. Ernesto Savona (ed.), *Responding to Money Laundering*: *International Perspectives*, Amsterdam 1997.

дрога).[11] Међутим, на другој врсти добара као што су непокретности, без обзира на то да ли су купљене од новца стеченог криминалом, може постојати својина која у случају одузимања судском одлуком прелази на државу. Другим речима, одлука суда о одузимању није декларативна већ конститутивна. Својина на одузетим добрима са незаконитог власника на државу прелази за убудуће (*ex nunc*). Ако је треће лице савесно, сва права заснована у његову корист опстају.

3.7.3.1. Право следовања

Право следовања уз право намирења представља један од два главна стуба на којима почива хипотека. „Поверитељ може да прати ствар без обзира у чијим рукама се она налазила. Дакле не само спрам дужника, него и спрам трећих лица.“[12] Према Закону о хипотеци, право следовања улази у саму дефиницију хипотеке. „Хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости, захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, *без обзира у чијој својини се непокретност налази*.“[13] Другим речима, ако је непокретност оптерећена хипотеком, прибавилац стиче ту непокретност заједно са хипотеком.[14]

---

11 Тако у једној одлуци Апелациони суд у Београду констатује да је држање опојне дроге у залогу радња извршења кривичног дела. Суд налази да, „чак и у случају да се прихвати теза одбране окривљеног да је наведену дрогу држао у залогу, то не утиче на квалификацију радњи окривљеног онако како му је то оптужницом стављено на терет, јер залога, као средство обезбеђења претпоставља, како у смислу одредби Закона о облигационим односима, тако и у фактичком поступању физичких лица, да се залогопримац, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, наплати из вредности покретне ствари на којој постоји залога, у конкретном случају опојне дроге.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж1. 474/2011 од 18. маја 2011, *Paragraf Lex*.

12 Ђорђе Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868, 41.

13 Закон о хипотеци – ЗОХ, *Службени гласник* РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 2. Сличну дефиницију којом се истиче право следовања садржи и Нацрт закона о својини и другим стварним правима. „Право хипотеке је право повериоца хипотекара чије је право залоге непокретне ствари уписано у јавном регистру да своје довољно одређено доспело потраживање намири из вредности те ствари, без обзира на промену њеног власника (залогодавца) и без обзира на то код кога је ствар.“ Нацрт закона о својини и другим стварним правима, 2012, чл. 556. Опширније о праву следовања у правној теорији и судској пракси вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 225.

14 Meliha Povlakić, „Stvarnopravno osiguranje kredita u Bosni i Hercegovini“, *Stvarnopravno uređenje u tranzicijskim zemljama, Stanje i perspektive* (red. Tatjana Josipović), Zagreb 2009, 237.

Иако начелно неприкосновено, право следовања се у практичној примени може „сударити са зидом“ (свеобухватног) одузимања криминалне стечевине. То је у нашој правосудној пракси и учинило актуелним следеће питање: *да ли се у случају одузимања у корист Републике Србије хипотековане непокретности у погледу које се води извршни поступак може, с позивом на право следовања, наставити спровођење извршења и у односу на Републику Србију, као новог власника хипотековане непокретности?*

Чини се да би у трагању за одговором на то питање ваљало најпре погледати како Европски суд за људска права гледа на потраживање и стварноправно обезбеђење, да ли су они уопште обухваћени појмом имовине, а потом и какав је њихов статус у случају евентуалног одузимања.

3.7.3.2. Пракса Европског суда за људска права

Према ЕКЉП, појам мирно уживање имовине има самостално (аутономно) значење.[15] Он обухвата покретне и непокретне ствари, али није ограничен на материјална добра.[16] Отуда Европски суд за људска права (ЕСЉП) широко тумачи термин имање (енг. *possession*). Када су у питању нематеријална добра, Суд нарочито узима у обзир да ли одређена правна позиција подразумева финансијски интерес њеног имаоца па стога за њега има економску вредност.[17] Предмет заштите је постојећа имовина или добро, што укључује и захтеве у погледу којих постоји макар легитимно очекивање да ће се приступити њиховом ефективном уживању.[18]

15 „*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*.“ ЕКЉП, Протокол 1, чл. 1.

16 Вид. Christophe Golay, Ioana Cismas, „Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective“, 2010, 12, *www.geneva-academy.ch/docs/.../ESCR/humanright-en.pdf*, 28. јун 2017.

17 Вид. Council of Europe, European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Strasbourg 2014, 78. Различити економски интереси (енг. *range of economic interests*) улазе у оквир права на имовину. Monica Carss-Frisk, *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *Human rights handbooks, No. 4*, Council of Europe, Strasbourg 2001, 6. Како тај концепт изгледа у судској пракси, вид. *Iatridis v. Greece*, *Application no*. 31107/96, *Judgment of* 25 *March* 1999, *para* 54; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, *Judgment of* 31 *August* 2001, *para* 146.

18 „*The ECrtHR has given the term ‘possessions’ a wide interpretation... may refer to ‘existing possessions’ or assets, including claims in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a ‘legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right*.“ Вид. *Maltzan and others v. Germany*, *Applications nos*.

У том контексту је пред ЕСЉП постављено и питање: да ли је интерес обезбеђеног повериоца имовина подобна за мирно уживање и у случају принудног одузимања обезбеђеног добра?

У случају *AGOSI v. the United Kingdom*[19] *услед извршења кривичног дела дошло је до принудног одузимања имовине на којој је претходно установљено стварноправно обезбеђење. Надлежни органи су одузели новчиће који су кријумчарени у Енглеску, с тим што њихов прави власник није имао ништа са покушајем тог криминалног чина (енг. the owner was innocent*). Уговор о продаји је имао одредбу да продавац остаје власник новчића, све док њихова цена не буде потпуно исплаћена (*pactum reservati domini*). У међувремену је купац покушао да у Велику Британију унесе златнике скривене у резервном точку аутомобила. Ипак, златници су откривени и заплењени од царинских органа Британије. Због таквих околности конкретног случаја, ЕСЉП је сматрао да је задржавање златника од стране јавног ауторитета ван сумње супротно начелу мирног уживања имовине.[20]

Из угла ЕКЉП, обезбеђено потраживање[21] и хипотека која га обезбеђује несумњиво представљају имовинско добро.[22] „Хипотека је везана за ствар, а не за личност, па хипотекарни поверилац

71916/01, 71917/01 *and* 10260/02, *Decision of* 2 *March* 2005, *para* 74 (c); *Kopecký v. Slovakia*, *Application No*. 44912/98, *Judgment of* 28 *September* 2004, 35(c).

[19] *AGOSI v. United Kingdom*, *Allgemeine Gold und Silberscheideanstalt AG v. United Kingdom*, *Merits*, *App. No*. 9118/80, [1986] ECHR 13, (1987) 9 EHRR 1, IHRL 62 (ECHR 1986), 24th *October* 1986, *European Court of Human Rights* [ECtHR].

[20] M. Carss-Frisk, 32. Слично питање расправљано је и у случају *Gasus Dosier– und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, Merits*, *App. No*. 15375/89, A/306-B, [1995] ECHR 7, (1995) 20 EHRR 403, IHRL 3433 (ECHR 1995), 23rd *February* 1995, *European Court of Human Rights* [ECtHR], с тим што је суд у том случају закључио да право на имовину лица које је задржало својину на предмету одузимања није повређено у ситуацији заплене машине (енг. *concrete-mixer*) од холандских пореских органа (енг. *Dutch tax bailiff*) ради намирења пореског дуга лица у чијим је просторијама машина нађена.

[21] *Agneesens v. Belgium* (1998) 58 DR 63. Вид и M. Carss-Frisk, 13.

[22] Према становишту Уставног суда Републике Србије, „неспровођењем извршења судске одлуке којом је утврђено неко потраживање, у трајању дужем од две године, и то без оправданог разлога, подносиоцу уставне жалбе је повређено право на мирно уживање имовине. Пропуст државе да изврши правноснажну пресуду, изречену у корист подносиоца, према ставу Европског суда за људска права, представља мешање у његово право на мирно уживање имовине". Одлука Уставног суда, Уж број 1046/2010 од 5. децембра 2012, објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 123/2012 од 28. децембра 2012. И хрватски Уставни суд сматра да се појам власништва „мора врло широко тумачити" јер обухвата „начелно сва имовинска права". Одлуке Уставног суда Републике Хрватске бр. U-III-72/1995 од 11. априла 2000, бр. U-III-476/2000 од 14. јуна 2000, бр. U-III-1425/2006 од 10. септембра 2009, бр. U-I-2643/2007 од 2. децембра 2009, бр. U-III-689/2008 од 27. октобра 2010, бр. U-III-3871/2009 од 13. маја 2010. итд.

по правном принципу следовања има право да се намири из заложене непокретности, без обзира на промену власника."[23] Супротан приступ ограничавао би обезбеђеног повериоца у мирном уживању његове имовине.[24]

Одузимање криминалне стечевине је легитиман циљ у јавном интересу који оправдава принудни пренос својине са хипотекарног дужника на Републику Србију. Међутим, такав јавни интерес не постоји у односу на обезбеђено потраживање и хипотеку.[25] Другим речима, било какво ограничење легитимног очекивања хипотекарног повериоца да своје потраживање наплати из вредности предмета хипотеке, без обзира на промену власника, у реалности би представљало „*de facto* експропријацију"[26], без одговарајуће тржишне надокнаде.[27]

---

[23] Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 48/2012 од 18. јануара 2012, *Paragraf Lex*. „Када је непокретност оптерећена хипотеком ради намирења потраживања због кога се извршење спроводи, онда се дозвољено извршење не може прогласити недопуштеним због промене власника јер је хипотека везана за непокретност, а не за личност." Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 5. марта 2003, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 2/2003, 49, *Paragraf Lex*. Ово осим ако предмет одузимања није непокретност у јавној својини коју, у целини или делимично, користе органи Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе за остваривање њихових права и дужности у погледу које би се могло спровести принудно извршење. Закон о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014, чл. 16.

[24] У другој реченици члана 1 Протокола 1 установљена је кључна заштита лица од неоправданог мешања државе у мирно уживање имовине (енг. *negative obligation*). Та негативна облигација се пре свега односи на експропријацију и друга слична задирања у имовину (енг. *expropriation or destruction of property as well as planning restrictions, rent controls and temporary seizure of property*). Aida Grgić *et al*., *The right to property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols, Human rights handbooks, No. 10*, Council of Europe, Strasbourg 2007, 9.

[25] На могућност опстанка права хипотекарног повериоца и поред „замрзавања" имовине благонаклоно гледа и аустралијски закон који регулише ту област. *Criminal Property Confiscation Act 2000*, чл. 52, *http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/cpca2000333/s52.html*, 28. јун 2017.

[26] Иако није реч о формалној експропријацији, одлагање намирења „у недоглед" је *de facto* одузимање. M. Carss-Frisk, 21.

[27] Сличну забринутост исказују неки аутори у праву САД. У случају цивилног одузимања (енг. *civil asset forfeiture*), Влада САД плени приватну имовину и може одбити њено враћање или правичну накнаду њеном власнику, што се чини као јасна повреда Петог амандмана (Устава САД)... (енг. *a clear violation of the Fifth Amendment also includes a „Takings Clause"... nor shall private property be taken for public use, without just compensation*). Merrill Matthews, „Civil Asset Forfeiture and the Constitution", *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, 1, *http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf*, 28. јун 2017.

3.7.3.3. Претходна пракса српских судова

У једној одлуци српски суд исправно истиче да стандарди који се примењују у случају одузимања имовине од трећих лица морају бити знатно виши него кад су у питању окривљена лица која су и формални власници имовине која је предмет поступка одузимања. „Када је у питању одузимање имовине од трећих лица тужилац пре свега мора да докаже да се ради о имовини окривљеног која је проистекла из кривичног дела[28], а коју је окривљени пренео на треће лице.“[29] Додатно, у одређеним одлукама суд правилно запажа да непокретности продате трећим савесним лицима од ових не могу бити одузете.[30] Ако суд приликом таквог одузимања нарочито оцењује савесност купца, онда се мора водити рачуна и о савесности хипотекарног повериоца.[31] Ипак, терет доказивања његове несавесности је на тужиоцу. Тужилац би могао да доказује да је хипотекована непокретност криминална стечевина и да је заснивањем хипотеке један сегмент права својине на тој непокретности пренет на несавесног хипотекарног повериоца.

Сматрамо да би приликом оцене савесности хипотекарног повериоца судови морали пре свега да воде рачуна о томе: да ли је

[28] Таква формулација суда може непажљивог читаоца навести на помисао да се мора доказати да је та имовина проистекла из конкретног кривичног дела, а у ствари је у питању имовина окривљеног која је у очигледној несразмери за његовим законитим приходима.

[29] Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 428/2012 од 31. октобра 2012, *Paragraf Lex*. „Неправилна је одлука суда којом се од трећег лица одузима имовина за коју постоји основана сумња да је проистекла из кривичног дела, уколико не постоје докази да је спорна имовина пренета на то лице.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 38/2012(2) од 10. фебруара 2012, *Paragraf Lex*.

[30] Приликом оцењивања да ли постоји очигледна несразмера између законитих прихода и вредности имовине окривљеног, суд је дужан да процени вредност не само имовине окривљеног која је предмет захтева за одузимање, већ и вредност имовине која је у међувремену продата савесним купцима од којих не може бити одузета. „Наиме, околност да је окривљени одређене стамбено-пословне јединице продао савесним купцима не искључује право суда да цени да је и та имовина несразмерна приходима и стечена на незаконит начин у смислу овог Закона без обзира што таква имовина не може бити одузета од савесних купаца.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. По1 18/2014(2) од 24. јануара 2014, *Paragraf Lex*.

[31] У директиви ЕУ која се односи на ову област такође се води рачуна о савесности трећег лица и указује да је одузимање од трећег лица могуће ако је то лице знало или је требало да зна да је сврха преноса имовине избегавање одузимања, на основу конкретних чињеница и околности, које укључују и то да ли је пренос извршен без накнаде или уз накнаду која је очигледно мања од тржишне вредности. Из тога произилази да се на тај начин не могу лишити права трећа савесна лица. *Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union* – Директива 2014/42/ЕУ, *Official Journal of the European Union*, L 127/39, чл. 6.

хипотека заснована пре одлуке о забрани располагања; да ли је хипотекарни поверилац повезано лице за хипотекарним дужником; да ли је обезбеђено потраживање стварно или симуловано; да ли је вредност таквог потраживања заиста ушла у имовину окривљеног, те да ли га је овај као хипотекарни дужник у претходном периоду уопште отплаћивао.

Одузимање криминалне стечевине се од осталих реститутивних кривичноправних мера, одузимања предмета и одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом, суштински разликује по ширини захвата у имање лица које та мера погађа. Тежиште самог поступка одузимања се овде са персоналног (*ad personam*) преноси на реални супстрат (*in rem*), са учиниоца на добит (ћар) која нема законито порекло.[32] Тако у једној одлуци суд наглашава да је „институт одузимања имовине проистекле из кривичног дела, регулисан Законом о одузимању имовине, усмерен ка имовини, а не на окривљеног, односно да се у конкретном случају ради о одузимању имовине која је превентивног карактера, а не казненог".[33]

Из напред описане одлике одузимања криминалне стечевине произилази и друга специфичност те кривичноправне мере. Одговорност лица коме се имовина одузима објективизује се у смислу да се не доказује веза онога што се одузима са конкретним кривичним делом које се учиниоцу ставља на терет. Притом се не тражи ни да је та веза посредна, односно да је имовина која се одузима настала коришћењем имовинске користи остварене криминалом.[34] Поједностављено, одузима се онај имовински фонд који је у

---

[32] Barbara Vettori, *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht 2006, 9. Нарочито је то случај у англосаксонском праву где се јавља и тзв. цивилно одузимање. Опширније о природи и разлозима за увођење цивилног одузимања које делује *in rem*, дакле у односу на имовину учиниоца (енг. „*offender's property*"): Simon N. M. Young (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Cheltenham – Northampton 2009, 3.

[33] Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По2 31/2012 од 12. јула 2012, *Paragraf Lex.*

[34] С обзиром на то да је ова мера превентивна и да је њен циљ да искључи из легалних токова капитал за који се сумња да припада криминалним удружењима, како овај не би наставио да служи истој криминалној сврси, довољно је утврдити квалификовану друштвену опасност осумњиченог. Тако за право Италије: Милимир Говедарица, Драгана Вујић, „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за људска права", *Правна ријеч* 33/2012, 395–398. С друге стране, има аутора код којих таква кривичноправна мера изазива озбиљне сумње у погледу поштовања неких основних принципа државе. Зоран Стојановић, Драгана Коларић, *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд 2014, 99.

очигледној несразмери са законитим приходима лица на које се поступак односи.[35]

У упоредном праву се с разлогом истиче да одузимање криминалне стечевине допуњава, али не може заменити кривични поступак.[36] Отуда сматрамо да се у правном поретку Републике Србије у случају одузимања због несразмере више мора водити рачуна о интересима трећих лица која законодавац не сматра повезаним.[37] У том смислу треба ускладити витални друштвени интерес да се „стане ногом за врат“ организованом криминалу са сазнањем да је одузимање због несразмере кривичноправна мера чије изрицање оставља последице и на савесна трећа лица (енг. *unfair effects on innocent property owners*).[38] У недостатку ове равнотеже одузимање имовине без адекватне надокнаде савесним трећим лицима је неуставно и незаконито (енг. *unconstitutional and invalid in the absence of fair compensation*).[39] Правни поредак дакле мора пронаћи примерен однос између гаранција својине и њених ограничења, између суверености појединаца и суверености државе, индивидуалности и јавног интереса.[40] Иако су у одређеним случајевима неопходна[41], наметнута

---

35 У актима Европске уније се користи фраза вредност имовине која није у складу са законитим приходима (енг. „*value of the property is disproportionate to the lawful income*“). Директива 2014/42/ЕУ, чл. 5, ст. 1.

36 Joshua Alan Krane, *Civil Forfeiture and the Canadian Constitution*, University of Toronto, Toronto 2010, 138.

37 Неадекватна заштита савесних трећих лица: сувласника и хипотекарних поверилаца (енг. „*innocent third parties, such as lenders, co-owners, mortgagees and creditors*“) у упоредном праву се истиче као главни недостатак система „проширеног“ одузимања. A. J. Van Der Walt, „Civil forfeiture of instrumentalities and proceeds of crime and the constitutional property clause“, *South African Journal on Human Rights* 16(1)/2000, 6.

38 У немачком праву се наводи да су у случају конфискације права трећих на предметима одузимања задржана. Нав. према: Жан Прадел, *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 26.

39 Тако и у актима Европске уније, начин на који је уређена област свеобухватног одузимања не сме утицати или мењати обавезу поштовања основних права и правних принципа као што је претпоставка невиности. *Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property* – Одлука Савета 2005/212/PUP, *Official Journal of the European Union*, L 68/49, чл. 5.

40 Johan Boucht, „Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21(2)/2013, 127–162.

41 „*Interference with the right to peaceful enjoyment of possessions shall be allowed only if: it is prescribed by law, if it is in the public interest, and if it is necessary in a democratic society*.“ A. Grgić *et al*., 12. Питања о томе у којој мери је из разлога националне сигурности, јавне безбедности, реда, здравља и морала (енг. *na-*

ограничења не могу задирати у саму суштину одређеног имовинског права.[42] Негирање права следовања хипотекарном повериоцу у односу на Републику Србију супротно је принципу правне сигурности (енг. *legal certainty*) и гаранцијама мирног уживања имовине (енг. *the principle of peaceful enjoyment of property*).

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У одговору на питање има ли хипотекарни поверилац право следовања у односу на Републику Србију ако је хипотекована непокретност одузета као криминална стечевина може се поћи од тезе да је суштина те кривичноправне мере у „поткраћивању крила" организованом криминалу, те да је такав оправдани интерес сам по себи довољан „правни разлог" (енг. *reason of law*).[43] Иако је доктрина по којој „норме јавног права не могу бити измењене приватним споразумима" заводљива као израз реалног приступа правној политици, чини се да и у таквом резоновању ваља непрестано трагати за „правом мером". Сматрамо да је мера свеобухватне (проширене) конфискације криминалне стечевине, на неки начин, одраз „немоћи" савремене државе у борби против организованог криминала и да је као таква у оштрој супротности са уставним гаранцијама о мирном уживању имовине, али и готово свим принципима на којима почива кривичноправно санкционисање. Међутим, треба нагласити да су меру свеобухватног одузимања криминалне стечевине, уз бројне примедбе, и Европска унија[44] и Европски суд за људска права[45] прихватили као неку врсту „нужног права".

---

tional security, public safety, order, health, or morals) у демократском друштву могуће одступити од уставне заштите имовине постављају се и у сфери заштите животне средине (енг. *environmental concerns*), природних богатстава (енг. *natural resources*) и заштите културног блага (енг. *protection of the common heritage*). A. J. Van Der Walt, 2.

42 Ипак, ниједно ограничење имовине не може ићи тако далеко да наруши саму суштину овог права (енг. *essence of the right*). Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, II edition, Duke University Press, London 1997, 257.

43 *D. 2,14,38 (Papinianus) Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*

44 Одлука Савета 2005/212/PUP; Директива 2014/42/ЕУ.

45 У једној одлуци Европски суд истиче да је свестан тешкоћа са којима се сусреће италијанска држава у борби против мафије. „Као резултат незаконите активности, нарочито трговине дрогом, ова организација има огромне приходе које инвестира, између осталог, и у сектор непокретности. Конфискација је стога креирана да ограничи кретање сумњивог капитала (енг. *suspect capital*), као ефикасно и нужно средство у борби против ове пошасти." *Raimondo v. Italy, Merits and just satisfaction*, *App. no* 12954/87, *Case No.* 1/1993/396/474, A/281-A, [1994] ECHR 3,

Ипак, чини се да смо у ширењу домета те мере, макар у правном поретку Републике Србије, „дотерали цара до дувара“ и да се више нема куд. Ако се за одузимање криминалне стечевине од актера криминалне активности са којим су изједначени и њихови „помагачи“ у прикривању „сумњивог капитала“ (повезана лица) може пронаћи оправдање у „вишим циљевима“, онда то не може бити случај са негирањем имовинских права савесних трећих лица.[46] С једне стране, криминалним умовима се мора показати да је државни суверенитет јачи од било каквог криминалног организовања, те да криминална стечевина не може постати „мирна“ њеним уливањем у легалне токове. С друге стране, у погледу савесних учесника на тржишту мора се узети у обзир да поштовање стечених имовинских права није само приватни интерес (*privatum quod ad singulorum utilitatem*), те да је императив правне сигурности утемељен на универзалним правилима праведног поступања.

Имовинска права могу бити одузета у корист државе само ако такво поступање налаже јавни интерес уз одговарајућу тржишну накнаду. Ако одузимање има свој узрок у криминалном чину којим је титулар имовинског права или са њим повезано лице повредило јавни интерес, онда криминална стечевина може бити одузета без накнаде. Ипак, таква кривичноправна реакција не може бити уперена против савесног трећег лица. Ако је хипотека стечена савесно, право следовања које законодавац гарантује хипотекарном повериоцу делује и према држави.[47]

(1994) 18 EHRR 237, IHRL 3439 (ECHR 1994), 22nd *February* 1994, *European Court of Human Rights* [ECtHR], 11. ЕСЉП се изјаснио у корист (проширеног) одузимања због несразмере и у случају *Салабјаки против Француске* (*Salabiaku v. France* (1988) 13 EHRR 379, 10519/83, [1988] ECHR 19), нагласивши да се у националним законима могу предвидети облици проширеног одузимања, са редукцијом доказног стандарда и инверзијом, односно поделом терета доказивања у погледу сразмере прихода и имовине. На сличан начин, у прилог проширеног одузимања ЕСЉП је одлучио и у случају *Филипс против Уједињеног Краљевства* (*Phillips v.* the *United Kingdom*, ECHR *5 July 2001... Times*, 13-*Aug*-2001, 41087/98, [2001] Crim LR 817, [2001] *ECHR* 437, (2001) 11 BHRC 280). Опширније вид. М. Говедарица, Д. Вујић, 402–406.

46 На значај заштите права трећих савесних лица указују и акти Европске уније. Трећим лицима мора бити омогућено да штите своје право својине и друга имовинска права (енг. *Third parties shall be entitled to claim title of ownership or other property rights*). Директива 2014/42/ЕУ, чл. 8, ст. 9.

47 У немачком Кривичном законику (нем. *Strafgesetzbuch* – StGB) код ефеката одузимања (нем. *Verfall*) изричито се наглашава да права трећих на објекту остају нетакнута (нем. *Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen*). Вид. StGB, §73e (1). Исто важи и за конфискацију (нем. *Einziehung*), StGB, §74e (2), с тим што суд може наложити гашење права трећих лица уз исплату њиховом имаоцу одговарајуће надокнаде (нем. *Entschädigung*) из државног трезора (нем. *Staatkasse*). Вид. StGB, 74f (1).

Укратко, у савременим демократијама држава као титулар имовинских права није имуна на стварноправно дејство хипотеке. Суверенитет не доноси привилегију у односу на право следовања хипотекарног повериоца. Императивна норма о *erga omnes* дејству хипотеке долази из сфере *ius privatum*, у којој доминира начело равноправности, тако да држава у том смислу није привилегована у односу на остале приватноправне имаоце. Јавни интерес да се свагда заштите имовинска права савесног стицаоца овде надвладава јавни интерес да се криминална стечевина никада не „огрне плаштом легалности“.[48]

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Boucht, J., „Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21(2)/2013.

Carss-Frisk, M., *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *Human rights handbooks, No. 4*, Council of Europe, Strasbourg 2001.

Council of Europe, European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Strasbourg 2014.

Fukumi, S., *Cocaine Trafficking in Latin America: EU and US Policy Responses*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington 2008.

Глушчевић, Ј., *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион“ у Београду, Београд 2015. (Glušćević, J., *Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ u Beogradu, Beograd 2015)

Golay, Ch., Cismas, I., „Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective“, 2010, *www.geneva-academy.ch/docs/.../ESCR/humanright-en.pdf*, 28. јун 2017.

Говедарица, М., Вујић, Д., „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за

[48] Задатак законодавца је да дефинише имовину на начин који штити индивидуални, али и јавни интерес. Његова одговорност се састоји у томе да креира норме приватног права које уређују заштиту и пренос имовине, с једне стране, и да заштити јавни интерес у коме сваки грађанин има свој удео, по правилу кроз норме јавног права, с друге стране. Вид. 58 BverfG, 300. Нав. према: Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, III edition, Revised and Expanded, Duke University Press, Durham – London 2012, 642.

људска права“, *Правна ријеч* 33/2012. (Govedarica, M., Vujić, D., „Uporednopravni sistemi oduzimanja nezakonite imovine sagledani kroz odluke Evropskog suda za ljudska prava“, *Pravna riječ* 33/2012)

Grgić, A. *et al.*, *The right to property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, *Human rights handbooks, No. 10*, Council of Europe, Strasbourg 2007.

Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)

King, C., Walker, C. (eds.), *Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Routledge, Abingdon – New York 2014.

Kommers, D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, II edition, Duke University Press, London 1997.

Kommers, D. P., Miller, R. A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, III edition, Revised and Expanded, Duke University Press, Durham – London 2012.

Krane, J. A., *Civil Forfeiture and the Canadian Constitution*, University of Toronto, Toronto 2010.

Matthews, M., „Civil Asset Forfeiture and the Constitution“, *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, *http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf*, 28. јун 2017.

Levy, L. W., *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1996.

Nelson, C., „The Constitutionality of Civil Forfeiture“, *Yale Law Journal* 125(8)/2016.

Nikšić, S., „Imovina u građanskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62(5–6)/2012.

Панов, С., „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/98. (Panov, S., „O zajedničkoj svojini u braku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/98)

Павловић, Ђ., *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868. (Pavlović, Đ., *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd 1868)

Povlakić, M., „Stvarnopravno osiguranje kredita u Bosni i Hercegovini“, *Stvarnopravno uređenje u tranzicijskim zemljama, Stanje i perspektive* (red. T. Josipović), Zagreb 2009.

Прадел, Ж., *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Pradel, Ž., *Komparativno krivično pravo, Sankcije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Радић, Д., *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016. (Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Banja Luka 2016)

Savona, E. (ed.), *Responding to Money Laundering*: *International Perspectives*, Amsterdam 1997.

Стојановић, З., Коларић, Д., *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд 2014. (Stojanović, Z., Kolarić, D., *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta terorizma i korupcije*, Beograd 2014)

Stone, J. R., *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterati's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005.

Тешић, Н., „О заједничкој имовини супружника", *Правни живот* 10/2006. (Tešić, N., „O zajedničkoj imovini supružnika", *Pravni život* 10/2006)

Van Der Walt, A. J., „Civil forfeiture of instrumentalities and proceeds of crime and the constitutional property clause", *South African Journal on Human Rights* 16(1)/2000.

Vettori, B., *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht 2006.

Young, S. N. M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Cheltenham – Northampton 2009.

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

WHETHER THE RIGHT OF PURSUIT IS CONSTITUTIONAL PROPERTY INTEREST PROTECTIBLE AGAINST THE STATE

Summary

The author, in this paper, is looking for Ariadne's thread, which would help us to find the way through the legal labyrinth composed of justified reaction of the state in the war against organized crime, from one side and what is considered an appropriate protection of secured creditor's subjective rights, from the other side.

He points out that in resolving a dilemma, does the mortgagee have the right to enforce its debt against the Republic of Serbia (right of pursuit), in case if the extended confiscation of property (proceeds of crime) includes subject-matter of mortgage, the court should take into account does the mortgagee know or should know about criminal origins of encumbered assets.

The court should evaluate a good faith of the mortgagee, bearing in mind all the circumstances of the case, especially:

1) The moment of a mortgage establishment, i.e. whether the registration of mortgage is prior in time to the initiation of a property freezing procedure;
2) Overall business and other relations between mortgagee and mortgagor, i.e. are these parties associated in any other way?
3) Objective changes in the economic position of mortgagee and mortgagor, i.e.is the security agreement true or simulated, in particular, whether the value of the secured claim actually enhanced the property of the mortgagor and at what consideration.

Key words: *Extended confiscation. – Proceeds of crime. – Innocent third parties. – Right of pursuit.*

Article history:
Received: 29. 6. 2017.
Accepted: 4. 9. 2017.

УДК 343.353

CERIF: S144, S149

Др Наталија Лукић[*]

Др Јелена Лепетић[**]

ЗЛОУПОТРЕБА ПОВЕРЕЊА У ОБАВЉАЊУ ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ – (НЕ)УСПЕЛИ ПОКУШАЈ ОСАВРЕМЕЊИВАЊА КРИВИЧНОГ ПРАВА[***]

Аутори се у овом раду баве анализом кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности које је недавно уведено у наше кривично законодавство. Узимајући у обзир релевантне одредбе закона из области компанијског права, аутори указују на домен примене поменуте инкриминације, посебно образлажући који се све субјекти могу сматрати заступницима, односно старатељима. Аутори закључују да је биће тог кривичног дела непрецизно формулисано јер законодавац не предвиђа у чему се састоји радња извршења и предлажу да то буде злоупотреба заступничких овлашћења и повреда посебних дужности према привредном друштву. Пажња је посвећена и питањима примене института пристанка повређеног у односу на ту инкриминацију и анализи ризичних послова који под одређеним условима такође могу искључити постојање тог кривичног дела.

Кључне речи: *Злоупотреба поверења. – Заступник. – Старатељ. – Привредна друштва. – Пристанак повређеног. – Ризични послови.*

[*] Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *natalija.lukic@ius.bg.ac.rs*.

[**] Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs*.

[***] Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину.

1. УВОД

Изменама и допунама Кривичног законика бр. 94/2016 извршене су значајније модификације кривичноправних одредаба у групи инкриминација против привреде. Тим изменама и допунама уведено је седам нових кривичних дела, док је истовремено извршена декриминализација три кривична дела која су раније постојала. Такође, законодавац је прецизирао један број инкриминација. Тиме је увећан број кривичних дела у тој групи са ранијих двадесет пет на укупно двадесет девет.[1] Међу новоуведеним инкриминацијама је и кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, које је регулисано у чл. 224а.[2] Кривично дело постоји ако лице у намери да себи или другоме прибави противправну имовинску корист проузрокује имовинску штету субјекту привредног пословања чије имовинске интересе заступа или о чијој се имовини стара.

Кривично дело злоупотребе поверења није непознато нашем кривичном законодавству имајући у виду да је, уз одређене разлике, и раније постојало, али у групи дела усмерених против имовине (кривично дело злоупотребе поверења регулисано у чл. 216 КЗ). Као разлог за увођење већ постојеће инкриминације са одређеним модификацијама у групу дела против привреде наводи се да су правна традиција и судска пракса заузеле став да се на понашања која треба подвести под злоупотребу поверења у обављању привредне делатности не може примењивати раније постојаће кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234 КЗ јер, за разлику од злоупотребе поверења, то кривично дело није усмерено против имовине.[3] Такође, раније је у судској пракси био прихваћен став да пасивни субјект кривичног дела злоупотребе поверења из чл. 216 КЗ може бити само физичко, а не и правно лице, због чега се јавила потреба да се уведе нова инкриминација. То кривично дело, уз одређене различитости, постоји и у немачком, аустријском и швајцарском кри-

[1] Тим изменама кривични законодавац наставља да све више шири простор у коме интервенише. На тај начин долази до кривичноправног експанзионизма који одликују неквалитетне одредбе у техничком и суштинском смислу, честе измене и непромишљена решења. Такође, такав вид криминално-политичког деловања угрожава начело законитости у кривичном праву и то пре свега сегмент *lex certa*. Вид. Драгана Коларић, „Реформски процеси и кривично материјално законодавство Србије", *Crimen* 2–3/2017, 442–460; Зоран Стојановић, Драгана Коларић, „Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије", *Српска политичка мисао* 3/2015, 111–136.

[2] Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

[3] Зоран Стојановић, *Предговор Кривичном законику, Кривични законик према стању законодавства од 24. новембра 2016. године*, Београд 2016, 33.

вичном законодавству (нем. *Untreue*).[4] За немачко законодавство се, на пример, наводи да је та инкриминација најзначајнија у сузбијању привредног криминалитета[5], али јој се упућују и бројни приговори због непрецизности и довођења у питање начела законитости (пре свега, због прецизности у одређењу кривичне норме), што за последицу има несигурност, јер практично свака спорна ситуација у области привредног пословања може довести до покретања кривичног поступка за то кривично дело. С друге стране, статистички подаци не подржавају такве тврдње имајући у виду релативно мали број осуђених за злоупотребу поверења.[6] Сходно томе, треба анализирати сврсисходност тих измена у нашем кривичном законодавству.

2. УПОРЕДНО ЗАКОНОДАВСТВО

Осим поменутих правних система, ту инкриминацију, уз одређене специфичности, познају и друга законодавства. Тако је, на пример, у Енглеској 2006. године донет Закон о превари (*Fraud Act*), који познаје и злоупотребу односа поверења као варијанту тог кривичног дела. За разлику од других европских законодавстава, кривично дело је одређено као дело са апстрактном опасношћу, што значи да се за његово постојање не захтева утврђивање последице у виду проузроковања штете. Такав законодавни приступ подложан је критикама јер још више проширује криминалну зону, чак и односу на она правна решења која, када је реч о последици, захтевају бар конкретну опасност. Енглески законодавац је, с друге стране, сузио криминалну зону прописивањем намере да се проузрокује штета или прибави имовинска корист. Но, та имовинска корист не мора бити противправна, што потврђује широк приступ у дефинисању. Такође, радња извршења која се састоји у непоштеној (несавесној) злоупотреби позиције не доприноси сужавању криминалне зоне.[7] У правним системима Француске, Италије, Шпаније слично кривично дело предвиђено је у споредном кривичном законодавству и односи се на одређене привредне субјекте, односно њихове заступнике, или само на одређене облике привредних друштава (Француска) или на сва

[4] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2018, 728.

[5] У немачкој литератури се пажња посвећује и анализи примене тог кривичног дела у односу на групе друштава. Вид. Stephan Arens, *Untreue im Konzern*, Freiburg 2010, 82–94.

[6] Thomas Fischer, „Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen, Aktuelle Diskussionen im Untreue– und Betrugsstrafrecht“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (Sonderheft)* 2009, 8–20.

[7] Thomas Rönnau, „(Rechts-) Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2/2010, 299–324.

привредна друштва (Италија, Шпанија). Предност таквог модела је у већој прецизности у односу на ситуацију када се инкриминација примењује на унапред неодређени број субјеката. Но, постоје две врсте приговора. Прво, питање је да ли је оправдано инкриминисати радње само одређених субјеката. Друго, државе Европске уније су дужне да признају и на својој територији правне форме привредних субјеката које познају друга европска законодавства, чиме могу да се створе правне празнине у њиховим кривичним законодавствима ако се инкриминација односи само на тачно одређена привредна друштва. И у тим правним системима радња је широко одређена, и то пре као функционална него као правна злоупотреба. Тако, на пример, француско решење подразумева предузимање радње која је у супротности са интересом привредног друштва.[8] Таква формулација је, с једне стране, прихватљива због тога што не искључује постојање тог кривичног дела иако постоји сагласност чланова, односно надлежног органа друштва, да оно буде учињено. С друге стране, треба имати у виду да је, на пример, коришћење имовине у сврху корумпирања да би привредно друштво уопште закључило уговор или да би га закључило под повољнијим условима у интересу тог привредног друштва. Узимајући претходно у обзир, поједини аутори се залажу за уже тумачење поменуте одредбе, према којем у обзир долази само она радња која не представља и радњу неког кривичног дела.[9]

3. ЗЛОУПОТРЕБА ПОВЕРЕЊА У ОБЛАСТИ ПРИВРЕДНОГ ПОСЛОВАЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

3.1. Основ инкриминисања

Кривично дело злоупотребе поверења у области привредног пословања формулисано је на сличан начин као кривично дело злоупотребе поверења из чл. 216 КЗ, које се налази у групи дела против имовине. Основ инкриминисања кривичног дела из чл. 224а треба видети у заштити тог добра, што јасно произлази и из дефиниције кривичног дела које је одређено као последично, а чија се последица састоји у проузроковању имовинске штете субјекту привредног пословања. У литератури оних држава чија законодавства прописују сличну инкриминацију сматра се да објекат заштите не може бити

[8] *Ibid*., 307–319. Интерес привредног друштва је у нашем праву препознат као посебан интерес. Законом су предвиђене посебне дужности које лица са посебним дужностима имају према привредном друштву. Више о интересу привредног друштва вид. у Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд 2015, 59 и даље.

[9] T. Rönnau (2010), 307–319.

однос поверења који постоји између заступаног и заступника[10], нити су то интереси поверилаца или овлашћења која има заступник, односно лице које се стара о туђој имовини.[11] Међутим, како је домаћи законодавац сматрао да је неопходно да ту инкриминацију предвиди и у групи дела против привреде, поставља се питање да ли се њиме штити и привредни систем или се заштита исцрпљује у имовини привредног субјекта.

У нашој литератури се наводи да се привредним кривичним делима вређају поверење у привредни систем у целини или у поједине институте тог система и тиме угрожавају и само постојање и функционисање тог система.[12] И у страној литератури има мишљења да се тим кривичним делима заштита пружа поверењу које грађани имају у привредни систем, док поједини аутори критикују такво гледиште сматрајући да објекат заштите не може бити поверење у систем већ сâм систем и његово функционисање.[13] Већина је сагласна да се прописивањем кривичних дела у области привредног пословања заштита пружа колективном/надиндивидуалном правном добру, односно, уз њега, и неком другом узгредном правном добру.[14] Када је у питању кривично дело злоупотребе поверења у области привредног пословања, може се тврдити да се у неким случајевима заштита пружа повериоцима (на пример, када постоји сагласност свих чланова привредног друштва да се умањи имовина привредног субјекта). Могло би се евентуално тврдити и да се заштита пружа привреди као надиндивидуалном добру у случају да се кривичним делом наноси већа имовинска штета, али би се у том случају увек могло поставити питање где би била њена граница.[15] Према решењу

[10] Однос поверења посматра се као средство напада на заштитни објект и може се штитити само у његовој повезаности са имовином. Heinrich W. Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, §§ 263 bis 283d*, Berlin 2012, 695–696; Wolfgang Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, Berlin 2003, 518.

[11] Adolf Schönke, Horst Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2010, 2448.

[12] З. Стојановић (2018а), 712. Има и мишљења да се тим кривичним делима заштита пружа и појединачним привредним субјектима. Тако, на пример, Ђорђевић сматра да се под кривичним делима против привреде подразумевају кршења привредног и финансијског пословања којима се наноси штета привреди земље или појединим привредним субјектима или се привредни систем и у оквиру њега успостављени правно регулисани односи угрожавају. Ђорђе Ђорђевић, *Кривично право, посебни део*, Београд 2011, 117.

[13] Вид. Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München 2006, 39–40.

[14] Вид. Наталија Лукић, „Појам и одређене карактеристике привредног кривичног права", *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд 2014, 268–284.

[15] Thomas Rönnau, „Untreue als Wirtschaftsdelikt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2007, 887–926.

КЗ, то би могли да буду само квалификовани облици. Ипак, без обзира на поменуте случајеве, јасно је да се том инкриминацијом заштита примарно пружа имовини привредних субјеката, а посредно и привредном систему чије се функционисање на тај начин угрожава.[16]

3.2. Обележја кривичног дела

3.2.1. Учиниоци

Учинилац је лице које заступа имовинске интересе субјекта привредног пословања или лице које се стара о његовој имовини. Из законске формулације може се видети да законодавац разликује (исто као и у чл. 216) имовинске интересе (код заступања) и имовину (код старања). Док имовина подразумева скуп имовинских права и обавеза једног лица, имовински интереси су субјективна категорија. Наиме, имовински интереси могу постојати док још нема имовине или када је имовина изгубљена, када постоји интерес да се она поново стекне. Такође, може се поставити питање да ли привредно друштво, осим имовинског интереса, може имати и неимовински интерес. Неимовински интерес друштва би могло да чини све оно што спада у неимовински супстрат дејства правног субјективитета. Такође, то би могао да буде и углед привредног друштва, иако треба имати у виду да у српском праву привредна друштва немају право на накнаду нематеријалне штете, с обзиром на то да се она везује само за физичка лица.[17] Но, формулација чл. 224а јасно искључује ту могућност јер се последица састоји пре свега у проузроковању имовинске штете. Имовину привредног друштва чине његова права и ствари, при чему је нето имовина друштва једнака разлици између вредности имовине и обавеза друштва.[18] Дакле, обавезе су део имо-

[16] Функционисање привредног друштва утиче на привредно и друштвено окружење, имајући у виду да су носиоци ризика, осим чланова друштва, уједно и чланови органа управљања, повериоци, запослени, али и друштво у социолошком смислу. Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд 2013, 140.

[17] „Повреда доброг пословног угледа предузећа, као повреда заштићеног нематеријалног добра, сама по себи не може довести до новчане накнаде нематеријалне штете, јер се последице те повреде не манифестују у једном од законом признатих видова нематеријалне штете (физички бол, психички бол и страх) која се везује само за физичко лице.“ Из образложења Пресуде Апелационог суда у Београду, Гж. 5009/2011 од 30. септембра 2011. године. Одлуке судова пре 2001. године, када је Врховни суд заузео став да правна лица немају право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, биле су шаролике, односно поједини судови су досуђивали накнаду нематеријалне штете за повреду угледа правних лица. Вид. више у Вера Марковић, „Пословни углед компаније: лично право коме треба установити заштиту кроз нематеријалну штету“, *Право и привреда* 5–8/2008, 172 и даље.

[18] Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 44. Постоје четири могуће

вине друштва. Заступање интереса привредног субјекта шири је појам од заступања привредног субјекта јер заступање подразумева законом одређени начин предузимања правних послова и радњи за другог, па поступање у нечијем интересу не доводи аутоматски до заступања.[19] Субјекти привредног пословања, како их КЗ назива, јесу правна и физичка лица која обављају привредну делатност.[20] Дакле, реч је о привредним друштвима, али и другим правним лицима која обављају привредну делатност, односно специјалним облицима привредних субјеката којима је правни субјективитет признат али који нису привредна друштва, чак и онима којима привредна делатност није основна делатност већ ту делатност обављају поред друге основне делатности, с једне стране, и предузетнику као физичком лицу које обавља привредну делатност, с друге стране. У сваком случају, сви субјекти привредног пословања морају имати признат правни субјективитет. Дакле, из дефиниције субјеката привредног пословања, односно привредних субјеката, искључене су различите имовинске масе без својства правног лица, на пример, отворени инвестициони фондови као посебне имовине, или огранци као делови привредних друштава који немају својство правног лица.[21] С друге стране, дефиниција привредних субјеката била је предвиђена у Закону о регистрацији привредних субјеката из 2004. године, према којем су привредни субјекти регистрована правна или физичка лица која обављају делатност производње и/или промета робе и/или вршења услуга ради стицања добити.[22] У важећем Закону о поступку регистрације код Агенције за привредне регистре таква дефиниција не постоји.[23] Према Закону о Агенцији за привредне регистре, један од регистара који Агенција води јесте и Регистар привредних субјеката.[24] Према Правилнику о садржини Регистра

дефиниције имовине: 1) имовина као укупност права, 2) имовина као збир права и обавеза, 3) имовина као разлика између активе и пасиве, ако је актива већа од пасиве и 4) обавезе представљају терет на имовини. Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 269.

19 Марија Радовановић Вучковић, *Заступништво у грађанском и привредном праву*, Београд 1969, 27.

20 КЗ, чл. 112, ст. 21. КЗ дефинише и привредну делатност као делатност производње и промета робе, вршења услуга и обављања других делатности ради стицања добити или остваривања другог економског интереса (чл. 112, ст. 21а).

21 Имовина може бити општа, када припада једном титулару, или посебна, која чак не мора да има имаоца, а када га има, ималац може бити једно или више лица. В. Водинелић, 272.

22 Закон о регистрацији привредних субјеката, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005, чл. 2, тач. 2.

23 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 83/2014.

24 Закон о Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 111/2009 и 99/2011, чл. 4, ст. 1, тач. 1.

привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, субјекти регистрације у Регистру су: предузетници, привредна друштва, задруге и задружни савези, јавна предузећа, огранци домаћих и страних привредних друштава, представништва страних привредних друштава и други облици организовања у складу са законом.[25] Може се закључити да се под субјектима регистрације, што би по природи ствари требало да буду привредни субјекти будући да је реч о регистру привредних субјеката, подразумевају не само физичка и правна лица већ и други облици организовања који имају одређени степен самосталности. Дакле, појам субјеката регистрације је шири од појма субјеката привредног пословања дефинисаног у КЗ. Правни субјект је онај којег као таквог прихвати правни поредак, „способан за правнорелевантно понашање", што важи и за правне субјекте у привреди.[26] Правни субјект у привреди, односно привредни субјект јесте правно или физичко лице које обавља привредну делатност. Када организација нема својство правног лица, права и обавезе припадају свим учесницима заједно као групи, па се за такву организацију не би могло рећи да је правни субјект.[27] И имовинске масе које немају својство правног лица могу да имају лица која их заступају, која се о њима старају и њима управљају. Према Закону о стечају, стечајни управник заступа стечајну масу која се региструје у регистру стечајних маса када се стечајни дужник прода као правно лице.[28] Стечајна маса у том случају није правно лице, али има свог заступника. Стечајна маса представља имовину стечајног дужника – привредног субјекта, при чему стечајни управник има дужност да предузима све мере које су неопходне за заштиту имовине стечајног дужника.[29] Због тога, у кривичноправном смислу могло би се рећи да је стечајни управник старатељ стечајне масе. Такође, и огранак може да има заступника иако ни он нема својство правног лица, имајући у виду да је реч о организационом делу привредног субјекта. Дакле, у случајевима заступања у компанијском праву заступани не мора бити ни физичко ни правно лице, односно то може бити имовинска

[25] Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Службени гласник РС*, бр. 42/2016, чл. 2.

[26] Вид. В. Водинелић, 325. Према општој теорији грађанског права, субјекат права може бити свако ко има права и обавезе, а то су физичка лица, правна лица и животиње, које правни поредак прихвата, при чему одређене организације које нису правна лица имају одређен степен самосталности. *Ibid*., 325 и 379.

[27] *Ibid*., 379.

[28] Закон о стечају – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014 и 113/2017, чл. 136, ст. 4. Такође, отворени инвестициони фонд којим управља друштво за управљање инвестиционим фондовима нема својство правног лица. Вид. Закон о инвестиционим фондовима – ЗИФ, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 51/2009, 31/2011 и 115/2014, чл. 5, ст. 1. тач. 1 и чл. 42, ст. 1.

[29] ЗОС, чл. 27, ст. 1, тач. 1.

маса или део привредног друштва. Лице које заступа или се стара о тој имовини може бити учинилац тог кривичног дела када заступа имовинске интересе привредног субјекта или се стара о његовој имовини, имајући у виду да заступање имовинских интереса привредног субјекта има шири домет од заступања привредног субјекта, као и заступања привредног друштва као врсте привредног субјекта. Даље, треба нагласити и да појам старатеља, као лица које се стара о имовинским интересима привредних субјеката, није својствен нашем компанијском праву у језичком смислу. Због тога се поставља питање да ли постоји и која је разлика између заступника и стараоца, имајући у виду да учинилац може бити заступник имовинских интереса или старалац имовине привредних субјеката.

3.2.1.1. Заступник имовинских интереса

С обзиром на то да кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности спада у кривична дела против привреде, треба размотрити ко су заступници привредних субјеката јер они, према природи ствари, заступају имовинске интересе тих лица. Институт заступања је институт грађанског права, који се односи на заступање правних субјеката, односно заступање физичких и правних лица. Опште је правило да се сви правни послови могу предузети преко заступника, али од тог правила постоје изузеци када је тако предвиђено или ако због природе ствари посао мора да буде предузет лично (на пример, лице не може да сачини тестамент преко заступника).[30] Заступање подразумева предузимање правног посла од стране једног лица – заступника у име другог – заступаног, при чему се сам посао и његова дејства рачунају заступаном као да је сам изјавио вољу.[31] Предузетници, односно пословно способна физичка лица која обављају делатност са циљем стицања профита, могу то чинити директно, што је и правило.[32] Узимајући у обзир чињеницу да су привредна друштва правна лица, односно вештачке творевине права, која без заступника ни не могу исказати своју вољу, очигледно је да она морају предузимати послове преко заступника, што није случај са предузетником. Имајући у виду да заступник правног лица, као његов орган, заправо исказује вољу друштва а не своју вољу која би се рачунала као изјава друштва, то јест да заступник и друштво нису два самостална лица у том контексту, може се рећи да ту није реч о заступању већ о установи која је слична заступању.[33] Исто

[30] В. Водинелић, 469; Велисав Марковић, „О правном појму заступања“, *Право – теорија и пракса* 4−6/2014, 31.

[31] В. Водинелић, 470.

[32] Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд 2017, 106.

[33] В. Водинелић, 482.

важи и за пуномоћника по запослењу у привредном друштву, за кога се такође не може рећи да је заступник друштва већ да је само део друштва које изјављује његову а не своју вољу, из истог разлога.[34] Када је заступник орган друштва, јасно је да је реч о испољавању воље самог друштва, па да није реч о класичном заступању већ о представљању правног лица.[35] Дакле, суштина разликовања института заступања у грађанском и компанијском праву огледа у томе што правно лице не може без заступника исказати своју вољу.

Орган правног лица, према грађанскоправној теорији, јесте физичко лице (једно или више) овлашћено да изјављује вољу правног лица.[36] Имајући у виду да једино физичко лице може да изјављује вољу, Законом о привредним друштвима је предвиђено да најмање један законски заступник мора бити физичко лице. Изјаве воље су важне и за унутрашње односе у друштву и за спољње односе. У компанијскоправном смислу појам органа се не везује за друштва лица. Такође, органи у друштвима капитала обично су колективни, а ређе инокосни. Наиме, појам органа у компанијскоправном смислу везује се за унутрашњу организацију друштава капитала. Дакле, иако је скупштина орган друштва, она се не перципира као заступник друштва у компанијскоправном смислу. Најзначајнији орган за унутрашње односе друштва капитала је скупштина, док је за спољње односе то орган управљања. За унутрашње односе у друштву кључан је институт посебних дужности према привредном друштву, док су то односи са лицима изван друштва када је реч о институту заступања.

Према Закону о облигационим односима, овлашћење за заступање се заснива на закону, општем акту правног лица, акту надлежног органа или пуномоћју.[37] Према грађанскоправној теорији, заступање може бити законско, судско или управно и вољно.[38] Закон о привредним друштвима познаје више категорија заступника друштва, пре свега категорију законских заступника за сваку форму привредних друштава који се региструју у складу са законом о регистрацији. Законски заступник може бити не само физичко лице већ и привредно друштво које је регистровано у Републици Србији, при чему оно функцију врши преко свог законског заступника који је физичко лице или физичког лица које је за то овлашћено специјалним пуномоћјем. Када предузетник повери пословођење одређеном лицу,

---

34 *Ibid*.

35 М. Радовановић Вучковић, 91.

36 В. Водинелић, 396.

37 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 84, ст. 2.

38 В. Водинелић, 473.

тада пословођа има својство његовог заступника. Сваки ортак ортачког друштва овлашћен је да заступа друштво, као и комплементари у командитном друштву. У друштву са ограниченом одговорношћу директори имају својство законских заступника друштва, док су у акционарском друштву то извршни директори. Останак без законског заступника, уз нерегистровање новог у року од три месеца, разлог је за покретање поступка принудне ликвидације. Ликвидациони управник је заступник друштва у поступку ликвидације од његовог именовања одлуком о покретању ликвидације. Заступника морају имати огранци и представништва привредних друштава. И привредно друштво у стечају мора имати заступника. Према Закону о стечају, стечајни управник заступа стечајног дужника.[39] С друге стране, Агенција за осигурање депозита обавља функцију стечајног или ликвидационог управника у поступцима стечаја и ликвидације банака и друштава за осигурање.[40]

Закон о привредним друштвима познаје и статутарне заступнике, односно лица која су актима друштва или одлуком органа друштва одређена као заступници, али и регистрована у складу са законом о регистрацији. Дакле, реч је о заступницима који су одређени одлуком органа друштва, односно о категорији заступника која спада у остале заступнике. Закон дели заступнике на законске и остале. Ипак, Закон о привредним друштвима је недоследан јер у члану у којем се говори о законским заступницима у загради стоји статутарни заступници.[41] У теорији је спорно и да ли су статутарни заступници законски или вољни заступници.[42] Имајући у виду да њихова овлашћења проистичу из аката друштва а не из самог закона, они се не могу сматрати врстом законских заступника. С обзиром на то да воља друштва приликом одређивања статутарних заступника не може да се искаже самостално, већ је то посредно воља чланова друштва, то не би било ни вољно заступање у правом смислу те речи већ посебна врста заступања. У остале заступнике спада и лице које поступа као заступник тако што трећа лица доводи у уверење да има право на заступање, при чему то друштво прихва-

[39] ЗОС, чл. 19, ст. 1. Водинелић наводи да је стечајни управник лице које је слично заступнику, али не и заступник након отварања стечајног поступка (В. Водинелић, 482). Супротно, да стечајни управници јесу законски заступници, сматра Радовановић Вучковић (М. Радовановић Вучковић, 66−67). Према Закону о стечају, стечајни управник је орган стечајног поступка, као што су и стечајни судија, скупштина поверилаца и одбор поверилаца, а не орган стечајног дужника, при чему је експлицитно наведено да стечајни управник заступа стечајног дужника.

[40] Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015, чл. 8, ст. 2 и чл. 26, ст. 2.

[41] Тако и Велисав Марковић, „Законски и статутарни заступници привредних субјеката“, *Право – теорија и пракса* 7–9/2012, 23.

[42] М. Радовановић Вучковић, 91.

та у континуитету – конклудентни заступник друштва. Дакле, Законом се уводи појам фактичког заступања у случајевима непостојања овлашћења за заступање. Та категорија заступника постоји да би се заштитила трећа лица, имајући у виду да се претпоставка да је друштво то лице конклудентно овластило на заступање може оборити само ако друштво докаже да је треће лице знало или морало знати за непостојање овлашћења за заступање тог лица. Према Закону о привредним друштвима, заступници су и пуномоћници по запослењу, односно физичка лица која су у радном односу са друштвом, али и она која то нису ако обављају функцију у друштву. Појам функције даље није елабориран, али се може претпоставити да је реч о члановима органа управљања или члану друштва који редовно обавља поменуте послове, имајући у виду да је реч о лицима која раде на пословима који обухватају предузимање правних радњи у редовном пословању друштва. Последња врста заступника која је уређена Законом о привредним друштвима јесу прокуристи, односно лица којима је издата прокура – најшире пословно пуномоћје, што је пример вољног заступања. Закон познаје и категорију привременог заступника друштва, односно лица које суд у ванпарничном поступку постави за привременог заступника на захтев акционара или другог заинтересованог лица када друштво остане без директора, а не региструје новог у року од 30 дана, што је пример судског заступања у компанијском праву.

Заступање интереса привредних субјеката не исцрпљује се на нивоу компанијског права. У трговинском праву, интерес привредног субјекта заступа заступник као уговорна страна у уговору о трговинском заступању. Треба имати у виду да ту није реч о заступништу већ да је уговор о агентури извор вољног заступања.[43] Ако се термин заступања интереса схвати шире од заступништва, може бити речи и о обавезама које проистичу из других уговора са грађанскоправном основом у уговору о налогу, односно учинилац кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности може бити и лице чије обавезе произилазе из неког од тих уговора. Када је реч о поступцима пред судом, странку у парничном поступку, па тако и привредни субјекат као странку, може да заступа адвокат.[44] Према томе, и адвокат би могао да буде учинилац тог кривичног дела јер поступа као заступник странке. Према теорији грађанског процесног права, постоје три врсте заступника: законски или нужни (заступа пословно неспособна физичка лица), заступник правног лица (и предузетника) и пуномоћник, па се под законским заступањем у тој области не подразумевају лица која су означена као законски за-

[43] *Ibid*., 51.

[44] Вид. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 85.

ступници у компанијском праву.[45] Заступање правног лица од стране пуномоћника у парници резултат је унутрашњег односа заступника и заступаног.[46] Дакле, адвокати као пуномоћници привредног друштва могу бити обухваћени тим кривичним делом.

Посебно је интересантно питање да ли постоји заступање, односно старање, у случајевима када је лицу уписаном у регистар престало овлашћење за заступање али је оно и даље уписано у регистар као заступник, односно када промена није видљива у регистру. У контексту тог кривичног дела, значајна може бити и ситуација када је одлука о именовању заступника ништава, али је лице које је њоме именовано као заступник уписано у регистар, као и случај када неко лице поступа као заступник иако формалноправно нема тај статус јер не постоје одлука о именовању ни пуномоћје, па самим тим ни упис у регистар.

Први случај се најчешће односи на ситуацију када је једно лице овлашћено да заступа друштво, при чему је друго лице уписано у регистар као заступник. Тада треба установити да ли једно или оба лица могу бити учиниоци тог кривичног дела. Да би се одговорило на постављено питање, прво треба утврдити да ли свака промена заступника, односно упис новог заступника има конститутивно или декларативно дејство. Конститутивно дејство је значајно за настанак правне чињенице, односно одређена правна чињеница неће настати ако је упис у регистар обавезан.[47] Свакако да први упис заступника има конститутивни карактер, док, с друге стране, свака следећа промена заступника има декларативни карактер.[48] У том правцу се крећу и одлуке наших судова, према којима је тај упис декларативан.[49] Такође, треба разликовати дејства именовања заступника у односима између друштва и њега, с једне стране, и у односима

[45] Душица Палачковић, „(‘Законско’) заступање привредних друштава“, *Право и привреда* 4–6/2012, 111–112.

[46] Вид. Велимир Делајец, Михајло Дика, *Грађанско процесно право*, Загреб 1986, 263.

[47] Вид. Мирјана Марковић, „Негативан публицитет регистра привредних субјеката“, *Право и привреда* 1–4/2008, 137.

[48] М. Васиљевић (2017), 89.

[49] „Неосновани су жалбени наводи туженог да се својство директора, односно законског заступника предузећа стиче уписом у регистар привредних субјеката. Наиме, упис лица овлашћеног за заступање привредног друштва има декларативан, а не конститутиван карактер. Њиме се трећа лица само обавештавају које је лице овлашћено за заступање предузећа и која су његова ограничења у заступању. То значи да се својство лица овлашћеног за заступање предузећа не стиче у тренутку уписа у судски регистар, већ статус законског заступника предузећа има лице које је постављено за директора одлуком за то надлежног органа управљања и тако постављено лице је легитимни заступник предузећа, без обзира на то да ли је одлука о његовом постављењу уписана у регистар привредних субјеката.“ Из Пресуде

између друштва и трећих лица, с друге стране. Подаци уписани у регистар меродавни су за односе према трећим лицима.[50] Дејство регистарског стања у односу на трећа лица назива се материјални публицитет (дејство уписа одређене чињенице представља позитивни, а дејство пропуштања тог уписа негативни публицитет).[51] Питање материјалног публицитета није значајно за одређење да ли је неко лице заступник у формалноправном смислу, и тиме потенцијални учинилац тог кривичног дела. С друге стране, за унутрашње односе између друштва и заступника када упис у регистар има декларативно дејство битна је једино одлука друштва. У кривичноправном смислу, ако би друштво дало прокуру одређеном лицу, а прокуриста не буде регистрован (регистрација прокуристе је обавезна), то лице би се могло сматрати старатељем до момента регистрације. На тај начин друштво би било адекватно заштићено јер би учинилац кривичног дела могло бити и лице које није регистровано као заступник у случајевима када упис има конститутивно дејство. Када упис има декларативно дејство, лице које је овлашћено да заступа друштво је заступник и када није уписано у регистар. С друге стране, када упис има конститутивно дејство, лице које је одлуком друштва овлашћено за заступање могло би се сматрати фактичким заступником уколико су испуњени и други законом предвиђени услови. Фактичким заступником могло би се сматрати и лице које више није заступник, али је и даље као такво уписано у регистар.

Као пример другог поменутог случаја може послужити ситуација када је одлука скупштине којом је дата прокура ништава.[52] Подношење тужбе за побијање одлуке скупштине не спречава регистрацију те одлуке. Надлежни суд може наложити привремену меру забране регистрације на захтев тужиоца, на чији се захтев може регистровати забележба спора. Имајући у виду да пресуда у делу којим се поништава одлука има дејство према друштву, члановима, директорима и члановима надзорног одбора, и у том случају се може сматрати да је лице коме је дата прокура, од доношења одлуке, до достављања правноснажне пресуде регистру, обавезно да се стара о имовини привредног субјекта, иако је одлука скупштине пресудом поништена.

Трећи случај подразумева фактичко заступање, које је у нашем праву препознато као посебан облик заступања. Дакле, уколи-

Вишег трговинског суда, Пж. 2825/05 од 7. априла 2005. године. Вид. В. Марковић (2012), 34.

[50] Вид. ЗОПД, чл. 6.

[51] М. Марковић, 137–138.

[52] О сличним случајевима у немачкој кривичноправној теорији вид. H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, 725–730.

ко су испуњени услови да се једно лице квалификује као фактички заступник, и оно би, као и остали заступници, могло бити учинилац тог кривичног дела. У немачком правном систему, које познаје сличну инкриминацију, поменута лица се у сва три случаја сматрају старатељима, али не и заступницима, па могу бити учиниоци тог кривичног дела. Дакле, за разлику од заступања, старање о имовини може бити засновано не само на правном већ и на чињеничном основу.[53] С друге стране, када је реч о нашем праву, у трећем случају ипак би била реч о заступању.

3.2.1.2. Старатељ имовине

У грађанском праву познати су случајеви старатељског заступања, када однос заступања настаје на основу судске или управне одлуке.[54] У тим случајевима, реч је о старатељима лица. Термин старатељ/старалац се не појављује у Закону о привредним друштвима (изузев када се говори о привременом стараоцу заоставштине, што није у директној вези са привредним субјектима), док се старање на једном месту помиње у Закону о стечају, којим је предвиђена обавеза стечајног управника да се стара о завршетку започетих а незавршених послова стечајног дужника да би се остварила највећа могућа вредност стечајног дужника, односно његове имовине.[55] У Закону о задругама предвиђена је надлежност директора задруге да се стара о законитости њеног рада, док се старање помиње код услуга кастоди банке у Закону о инвестиционим фондовима.[56] Може се закључити да је термин старатељ/старалац карактеристичан за грађанско право, али не и за компанијско право.

Обавеза старања о нечијој имовини несумњиво се веже за имовину која је том лицу поверена. Једна од установа сличних заступању јесте повереништво, када поверавач (фидуцијант) на основу правног посла преноси поверенику (фидуцијару) својину или друго право, при чему се повереник обавезује да му их пренесе назад када престане потреба да управља тим правом, кад се намири потраживање ради чијег потраживања му је пренето право или се ис-

53 Karl Lackner, Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2011, 1301; A. Schönke, H. Schröder, 2449.

54 То су старатељско заступање пословно неспособног и ограничено пословно неспособног детета, старатељско заступање пунолетног лица лишеног или делимично лишеног пословне способности, старатељско заступање лица чије боравиште и пребивалиште нису познати, старатељско заступање непознатог имаоца одређене имовине, као и непознатог или одсутног наследника. В. Водинелић, 474.

55 ЗОС, чл. 27, ст. 1, тач. 10. У Закону о облигационим односима помињу се оба термина. Вид. ЗОО, чл. 167, ст. 1 и чл. 381, тач. 4.

56 Закон о задругама, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, чл. 48, тач. 3; ЗИФ, чл. 77.

пуни неки други циљ ради којег је извршен пренос.[57] За компанијско право у англосаксонским правним системима значајне су три врсте фидуцијарних односа: 1) однос заступника и заступаног, 2) однос ортака и 3) однос директора и привредног друштва.[58] Њихов основ је институт повереништва (енг. *trust*) који је својствен англосаксонским, али не и континенталним правним системима због тога што се у тим системима својина различито поима.[59] С друге стране, у континенталним правним системима развили су се фидуцијарни правни послови на основу института фидуције који је постојао у римском праву.[60] Фидуцијарни правни послови су изричито регулисани у малом броју држава које припадају континенталном правном систему, иако је у појединима фидуција „васкрсла" захваљујући судској пракси.[61] У српском компанијском праву, теорија о фидуцијарном односу између заступника и заступаног, између ортака и између директора и друштва нема практичног значаја, имајући у виду да је Законом о привредним друштвима предвиђена обавеза тих лица да поступају у најбољем интересу привредног друштва – дужност лојалности у оквиру института посебних дужности према привредном друштву, као и то што је институт заступања посебно регулисан. Лица са посебним дужностима према привредном друштву су ортаци, комплементари, чланови и акционари са значајним капитал учешћем, као и контролни чланови и акционари, директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управници.[62] Дакле, увођење института фидуцијарног управљања туђом имовином, као општег института, не би имало сврху у нашем компанијском праву. Због тога обавеза старања о имовини друштва може једино да се односи на лица која имају посебне дужности према привредном друштву. Упитно је која је била намера законодавца када је предвиђао ко може бити учинилац тог кривичног дела ако се узме у обзир да већ постоје кривична дела чија је радња извршења повреда неке од дужности према привредном друштву. Мора се истаћи да појам старатеља не одговара традицији нашег компанијског права и да га, ако је намера законодавца да тим делом буду обухваћена и лица са посебним дуж-

57 В. Водинелић, 482.

58 Вид. Ј. Лепетић, 97.

59 Атила Дудаш, „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 215.

60 Ђурица Крстић, „Институт траста (trust) у англо-америчком праву", *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1998, 104.

61 А. Дудаш, 216 и 219. Фидуцијарни правни послови нису изричито регулисани у нашем праву, али се у теорији већински сматрају допуштеним. *Ibid*., 219–221.

62 И друга лица могу бити одређена као лица са посебним дужностима актима друштва. Вид. ЗОПД, чл. 61.

ностима која не заступају друштва, треба заменити појмом лица која имају обавезу да поступају у интересу друштва.

У немачкој правној теорији под старањем о туђим имовинским интересима подразумева се да лице управља туђом имовином и да није ограничено упутствима већ да има одређену слободу одлучивања.[63] Такође, да би се могло рећи да постоји старање, није довољно да постоји правни посао у коме свака страна примарно остварује своје интересе, као што је то, на пример, уговор о закупу.[64] Слично, сматра се да старање о имовини не постоји ако су активности старатеља под сталним надзором власника, односно да старатељ треба сам себе да контролише.[65] Такође, неопходно је да радња којом се проузрокује штета буде у функционалној вези са врстом обавеза која подразумева старање о имовини. То значи да ће, на пример, то кривично дело постојати ако директор предузме или пропусти да предузме радњу којом се крши обавеза поштовања забране конкуренције.[66] У немачкој кривичноправној теорији сматра се да чланови надзорног одбора акционарског друштва, стечајни управник, ревизори, шпедитери и комисионари могу бити учиниоци тог кривичног дела у својству старатеља. Но, како је кривично дело злоупотребе поверења у немачком КЗ прописано у групи дела против имовине, старатељи могу бити и многа друга лица.[67]

У српском праву, термин старатељ/სтаралац пре се може довести у везу са трговинским него са компанијским правом. Једна од уговорних страна у појединим уговорима у привреди има обавезу да се стара о имовини привредног субјекта, односно друге уговорне стране. Реч је, пре свега, о уговорима са грађанскоправном основом у уговорима о налогу. Тако заступник као уговорна страна у уговору о трговинском заступању има обавезу да се стара о интересима налогодавца, а комисионар има обавезу да чува поверену робу са пажњом доброг привредника, док посредник има обавезу да се са пажњом доброг привредника стара о интересима обеју страна између којих посредује.[68] Складиштар има обавезу да прими и чува робу, као и да предузме мере ради њеног очувања у одређеном стању.[69] Дакле, складиштар има обавезу да се о тој роби стара, односно да се стара

[63] K. Lackner, K. Kühl, 1301; A. Schönke, H. Schröder, 2458–2459.

[64] A. Schönke, H. Schröder, 2458.

[65] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, 741–744.

[66] A. Schönke, H. Schröder, 2458.

[67] K. Lackner, K. Kühl, 1303–1304.

[68] ЗОО, чл. 797, ст. 1, чл. 776, ст. 1 и чл. 825, ст. 2. Комисионар има обавезу да чува интересе комитента. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014, 150.

[69] ЗОО, чл. 730, ст. 1.

о имовини оставодавца. Такође, и шпедитер има обавезу да чува интересе налогодавца.[70] Према томе, та лица као стараоци могу бити учиниоци кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, имајући у виду да старање о имовини субјеката привредног пословања произилази из њихових законом предвиђених уговорних обавеза.

3.2.2. Радња

Законодавац није одредио у чему се састоји радња кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности. Биће кривичног дела одређено је као проузроковање имовинске штете субјекту привредног пословања чије имовинске интересе заступа или о чијој имовини се стара учинилац. Такво формулисање бића кривичног дела је неодређено и може се поставити питање да ли је усклађено са начелом законитости, и то пре свега са сегментом који се односи на прецизност правне норме.

Кривичноправне норме морају бити формулисане на такав начин да је њихов садржај и границе њихове примене могуће што прецизније одредити на основу законског текста. Тиме се уједно остварује гарантивна функција кривичног права. То не значи да законодавац треба да заузме казуистички приступ у дефинисању норми кривичног права, али није оправдано ни да коришћењем нејасних појмова пребаци одговорност за разграничење кривичноправно релевантног и ирелевантног поступања на судије.[71] Одређеност кривичноправне норме треба да обухвати сваки елемент бића кривичног дела јер се само на тај начин може знати која понашања улазе у зону кажњивости.[72] Интерес елементарне правне сигурности у тако важној области правног система налаже доследно избегавање у кривичном праву тзв. генералних клаузула и уопште норми које су недовољно одређене и прецизне.[73] Не би се могло рећи да је тај сегмент начела законитости поштован код кривичног дела из чл. 224а, имајући у виду да радњу може представљати практично било које понашање. С друге стране, савремено кривично право не кажњава само када наступе одређене штетне последице. Наступање последица у кривичном праву редовно само повишава кажњивост, али је не заснива. Због тога се и наводи да се невредност кривичног дела може

[70] ЗОО, чл. 832, ст. 1.

[71] Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrects, Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, 128–129.

[72] Вид. Драган Благић, *Начело законитости у кривичном праву*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 87.

[73] Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 66–107.

поделити на невредност самог понашања и невредност понашањем остварених последица у спољном свету.[74]

За разлику од чл. 216, законодавац не одређује да мора бити у питању злоупотреба датих овлашћења под којима би требало подразумевати искоришћавање (у смислу да се овлашћења користе не да би се штитила имовина или имовински интереси већ да би се остваривали неки други интереси, по правилу супротни онима који се очекују од заступања[75]), невршење или прекорачење овлашћења. Такав приступ омогућава ширу интерпретацију норме тако да се под њом подразумева предузимање било које радње, која при томе не мора ни бити повезана са обавезама које проистичу из односа заступања, односно старања о имовини. Тако би, на пример, кривично дело постојало у случају да заступник, односно старатељ утаји поверену ствар.[76] Због тога је формулација радње кривичног дела из чл. 216 боља[77] јер искључује могућност примене те инкриминације у случајевима када се радња не предузима у вези са обавезама заступања, односно старања. Ако би имовински интереси били оштећени на други начин, на пример тако што заступник оштети или присвоји поверену имовину, не би постојало то већ неко друго кривично дело (утаја, оштећење туђе ствари) јер овлашћење за заступање не може обухватити и оштећење или присвајање.[78] Исто тако, ако је, на пример, заступник поступао у складу са датим овлашћењима, али је присвојио имовину (нпр. наплаћено потраживање), не би се радило о том кривичном делу већ би постојала нека друга инкриминација. Наиме, заступник, односно старатељ има овлашћење да наплати потраживање,

[74] Игор Вуковић, „Кривичноправни појам и функција радње“, *Crimen* 1/2012, 73–94.

[75] Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, 601. За разлику од службених овлашћења, када је у питању привредно пословање, врло је тешко утврдити да ли се овлашћење користи не са циљем због којег је дато већ са неким другим циљем. Привредно пословање дозвољава знатно већу флексибилност него вршење службене дужности, а многе делатности могу бити у непосредној или посредној вези са привредним пословањем. Вид. З. Стојановић (2018а), 740.

[76] Треба имати у виду да законодавац у чл. 224. КЗ предвиђа кривично дело проневере у обављању привредне делатности које ће постојати ако се у намери прибављања противправне имовинске користи присвоји новац, хартије од вредности или друге покретне ствари које су поверене на раду у субјекту привредног пословања. Како учинилац тог кривичног дела може бити било које лице, значи да се инкриминација може применити и на заступника. На основу тога могло би се закључити да законодавац није имао намеру да се чл. 224а примењује на случајеве за које је већ предвидео посебне инкриминације као што је поменути чл. 224, али то не оправдава непрецизност формулисања бића кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности.

[77] Тако и Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2018, 380–382.

[78] Љ. Лазаревић, 601–602.

а то што је задржао новац за себе не значи да је злоупотребио овлашћење на заступање или старање о имовини.[79] Када је у питању обавеза старања о имовини, у страној литератури има мишљења да су случајеви оштећења или утаје имовине о којој се лице стара обухваћени том радњом.[80] Но, има и схватања да је повреда обавезе старања о туђој имовини превише широка и неодређена формулација и да не може свака радња којом се проузрокује штета бити подведена под ту врсту обавезе.[81]

Имајући у виду да законодавац не прописује у чему се састоји радња кривичног дела из чл. 224а, треба одредити у којим би још случајевима, осим злоупотребе заступничких овлашћења, могла да се примени инкриминација. За одређење тих ситуација најпре треба поћи од посебних дужности које су предвиђене Законом о привредним друштвима. Законом је предвиђено шест посебних дужности. То су: дужност пажње, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције. Све дужности, изузев дужности пажње, заправо су врсте дужности лојалности, односно дужности поступања у интересу друштва. То значи да наше позитивно право начелно прихвата дводелну концепцију система дужности, односно да прихвата поделу дужности на дужност пажње и дужност лојалности.[82] Дакле, злоупотреба заступничких овлашћења и повреда поменутих дужности биле би радње извршења. Иако су повреде посебних дужности инкриминисане као засебна кривична дела у нашем споредном кривичном законодавству, о чему ће бити речи касније, оправдано је и та понашања одредити као радње извршења, пре свега због чињенице да је учинилац, осим заступника, и старатељ, који са компанијскоправног аспекта може бити само лице са посебним дужностима.

Одатле произлази да би, на пример, објективна обележја тог кривичног дела била остварена у случају да директор једног привредног друштва има својство контролног члана у другом привредном друштву које има исти или сличан предмет пословања, под условом да није добио одобрење. У тој ситуацији директор би прекршио дужност неконкуренције привредном друштву, а свака корист коју би тиме стекао била би противправна. Јасно је, према томе, да је

[79] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, 718.

[80] A. Schönke, H. Schröder, 2467.

[81] W. Mitsch, 538–545. Мич (*Mitsch*) наводи да је за утврђивање повреде обавезе старања о имовини пресудно да је учинилац због својства старатеља био у могућности да проузрокује штету. Ако исту радњу може предузети било које лице (на пример, сваки запослени у привредном друштву), онда не би било у питању ово кривично дело.

[82] Вид. више у Ј. Лепетић, 106–107.

формулација веома непрецизна. Пример злоупотребе заступничких овлашћења може бити када прокуриста попуњава меницу супротно датим инструкцијама или заступник прода непокретност испод предвиђене минималне цене.[83]

Спорно, међутим, може бити и питање да ли радња тог кривичног дела мора бити противправна са аспекта грађанског права. У страној литератури нема јединственог става о том питању. С једне стране, није оправдано да постоји кривично дело у случају грађанскоправне пуноважности посла, пре свега узимајући у обзир фрагментарни и супсидијарни карактер кривичног права, као и јединственост правног поретка. Заговорници таквог приступа сматрају да чак и у ситуацији када са грађанскоправног аспекта није неспорно да је један правни посао пуноважан, већ постоји више правних решења, не би било оправдано да постоји кривична одговорност.[84] С друге стране, сматра се да друге правне норме имају само декларативни карактер, а не могу бити коришћене ради утврђивања кривичне одговорности[85], док поједини аутори наводе да везивање постојања тог кривичног дела за норме грађанског и привредног права значи свођење целе проблематике на питање савесности треће стране (у случају прекорачења овлашћења), што није од велике користи за кривично право.[86] Наведено питање је посебно значајно у случајевима прекорачења овлашћења заступника, поступања изван делатности друштва и повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес.

Наиме, како заступничка овлашћења могу бити ограничена, поставља се питање да ли ће и у случајевима њиховог прекорачења постојати кривично дело из чл. 224а. Прекорачење овлашћења заступника повлачи са собом и његову одговорност – грађанскоравну и кривичноправну. Према Закону о облигационим односима, уколико заступник прекорачи дата овлашћења, заступани је у обавези само уколико одобри прекорачење. Према Закону о привредним друштвима, решење је другачије и оно подразумева да према трећим лицима регистрована ограничења овлашћења заступника привредног друштва немају правно дејство, осим ограничења у виду обавезног супотписа које је регистровано, па правни посао опстаје имајући у виду да је Закон о привредним друштвима *lex specialis* у погледу заступања привредних друштава.[87] Заступник одговара за штету коју нанесе друштву прекорачењем ограничења овлашћења, осим када

83 A. Schönke, H. Schröder, 2452.

84 T. Rönnau (2007), 906–912.

85 *Ibid*., 906–907.

86 H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, 716.

87 М. Васиљевић (2017), 116.

је поступао у складу са одлуком надлежног органа, односно ако је његова радња накнадно одобрена.[88] Заступник друштва, пуномоћник по запослењу и прокуриста не могу без посебног овлашћења наступати као друга уговорна страна са друштвом, не само када поступају у своје име и за свој рачун, већ ни комисионо или као заступници друге стране, осим када је законски заступник једини члан друштва. Овлашћење да наступи као друга уговорна страна даје се одлуком ортака, комплементара или скупштине, ако статутом није другачије одређено. Дакле, ако заступник нема то овлашћење, реч је о прекорачењу законом предвиђених ограничења. Такво поступање је инкриминисано у чл. 584 ЗОПД. Наиме, предвиђено је да ће се новчаном казном или казном затвора до једне године казнити заступник друштва који повреди дужност поступања у складу са ограничењима својих овлашћења, која су утврђена актима друштва или одлукама надлежних органа друштва. У питању је бланкетно кривично дело чија се радња односи само на прекорачење заступничких овлашћења, док се чл. 224а може применити и на друге облике поступања (искоришћавање или невршење овлашћења). За разлику од кривичног дела из чл. 584 ЗОПД које је делатносно, кривично дело из чл. 224а одређено је као последично. Такође, формулација чл. 584 ЗОПД не укључује субјективни елемент бића у виду одређене намере која се жели постићи извршењем кривичног дела. Стицај између та два кривична дела био би привидан.

С друге стране, када заступник наступа као друга уговорна страна у послу са друштвом, морају се применити и правила института дужности према привредном друштву, конкретно дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Имајући у виду да је заступник једно од лица са посебним дужностима, на њега се примењују и та правила. Законом није предвиђено ко одлучује о одобрењу посла или радње када је предузима заступник. Одобрење није потребно ако је заступник уједно и једини члан друштва. Неће се сматрати да је дошло до повреде дужности ако је правни посао или радња била у интересу друштва. Институт дужности има шири обухват у односу на институт прекорачења овлашћења заступника јер се односи на све правне радње, а не само на уговоре као једну од врста правних послова. У оба случаја једна уговорна страна

[88] У случају накнадног одобрења могло би се поставити питање да ли заступник треба кривично да одговора. Ако је одговор одричан, питање је по ком основу би била искључена кривична одговорност. Пристанак повређеног као основ искључења противправности не може бити примењен јер се као услов захтева да је пристанак дат претходно, а не након извршења кривичног дела. У нашем кривичном праву није предвиђено да непостојање противправности у грађанском или јавном праву искључује постојање кривичног дела, из чега произлази да та одредба ЗОПД не може утицати на кривичну одговорност.

је привредно друштво, при чему у случају прекорачења овлашћења заступника друга уговорна страна може бити сâм заступник када поступа у своје име и за свој рачун, или друго лице за чији рачун поступа заступник било да то чини у своје или у његово име, док то може бити било које лице у пословима са личним интересом, док год заступник има лични интерес у том послу. Посао настао прекорачењем ограничења овлашћења заступника биће пуноважан јер је Законом предвиђено да се ограничења овлашћења не могу истицати према трећим лицима, осим када је реч о ограничењу у виду обавезног супотписа које је регистровано. Посао са личним интересом неће бити поништен само изузетно ако је лице које је у финансијском односу са заступником или са њим повезаним лицем савесно. Сврха института прекорачења овлашћења је пре свега заштита трећих лица, односно лица изван друштва, а заштита друштва само секундарно, док је заштита друштва примарна сврха института посебних дужности у компанијском праву, када се заштита трећих јавља само споредно. У чл. 582 ЗОПД предвиђено је кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса. И овде је реч о бланкетном кривичном делу чији се опис бића у односу на чл. 224а КЗ разликује првенствено у погледу намере. Док је у чл. 582 ЗОПД намера усмерена ка наношењу штете друштву, у чл. 224а КЗ наводи се намера прибављања противправне имовинске користи себи или другоме.

У складу са тим, може се поставити питање да ли је оправдано да постоји кривична одговорност у случају када са аспекта грађанског права предузети правни посао опстаје. Према мишљењима заступаним у немачкој литератури, под злоупотребом овлашћења подразумева се предузимање радњи којима се крше обавезе из унутрашњег односа (између заступаног и заступника). Ако је реч о правном послу који у односу са трећим лицима опстаје (на пример, прокуриста прекорачи ограничење у вези са вредношћу правног посла који треба да закључи[89]), постојаће злоупотреба овлашћења. Ако правни посао не опстаје, учинилац може одговарати за повреду обавезе старања о повереној имовини.[90] Иако наш законодавац није предвидео у чему се састоји радња извршења кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, требало би узети да та инкриминација, под условом да су остварени и други елементи бића, постоји уколико се прекораче заступничка овлашћења као један об-

[89] W. Mitsch, 530–531.

[90] Вид. Urs Kindhäuser, *Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte*, Baden-Baden 2008, 286–287. У немачком кривичном праву то би била друга алтернатива кривичног дела (нем. *Treubruchsvariante*), која је слично формулисана као старање о имовини из чл. 216 КЗ.

лик њихове злоупотребе. Спорно је, међутим, да ли ту кривичноправну радњу треба везивати за грађанскоправну пуноважност. Наиме, ако заступник није поступао у складу са овлашћењима, требало би да одговара без обзира на поступање трећих лица.

3.2.3. Субјективни однос учиниоца

На субјективном плану захтева се умишљај, а имајући у виду да законодавац прописује и намеру, може се закључити да је потребан директан умишљај.[91] Иако се може рећи да се на тај начин сужава криминална зона, приговор који се може упутити односи се на проблеме који на плану доказивања кривичног дела могу настати у погледу субјективног односа учиниоца. Неки аутори стога предлажу да се у опис кривичног дела унесе знање[92] учиниоца о томе да повређује своју обавезу старања о имовини или да зна да поверену имовину оштећује.[93] Но, опште је правило да је знање део умишљаја[94], с тим што је у случају директног умишљаја у питању актуелно знање, док је код евентуалног умишљаја оно изражено у виду могућег знања или у сматрању да је вероватно да објект радње потиче од кривичног дела. Иако знање као обележје бића кривичног дела појачава интензитет свести и по правилу ће бити у питању директни умишљај, не значи да је искључена могућност одговорности и за евентуални умишљај ако се знање везује само за једну околност кривичног дела, а у односу на последицу постоји свест о могућности њеног наступања.[95] Када се предвиди намера као субјективни елемент, случајеви у којима је учинилац поступао са евентуалним умишљајем нису обухваћени, а границу између та два облика умишљаја је некад тешко успоставити. Намера не мора бити остварена да би постојало кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности.

Поставља се и питање да ли се под намером да се стекне противправна имовинска корист може подразумевати примање мита (на пример, директор злоупотреби своју функцију и проузрокује штету привредном субјекту како би добио мито). У том случају постојала би повреда дужности избегавања сукоба интереса, конкретно злоупо-

[91] У теорији је изражено мишљење да намера указује на постојање директног умишљаја. Вид. Љ. Лазаревић, 87; Никола Срзентић (ур.), *Коментар Кривичног закона СФРЈ,* Београд 1978, 82. О мишљењу да намера појачава вољни елемент код умишљаја вид. З. Стојановић (2018а), 83.

[92] Тако је, на пример, аустријским Кривичним закоником, у чл. 153, којим се прописује кривично дело злоупотребе поверења, предвиђено да се злоупотреба овлашћења врши свесно.

[93] T. Rönnau (2010), 320–322.

[94] З. Стојановић (2018а), 790.

[95] Љ. Лазаревић, 88.

треба положаја у друштву. Најпре треба утврдити да ли би постојао стицај између кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности и примања мита. Проблем не постоји ако би се утврдило да је штета привредном субјекту проузрокована услед захтевања, односно примања мита, у ком случају би постојала оба кривична дела.[96] Но, ако је у питању давање мита (заступник на пример дâ мито како би привредни субјект закључио лукративни посао, што и буде реализовано), може се поставити питање да ли је штета на тај начин проузрокована. Ако је постојала сагласност чланова или надлежног органа друштва да се дâ мито, према неким мишљењима не би постојало кривично дело злоупотребе поверења већ само давање мита, јер би био примењен институт пристанка повређеног. Но, има и супротних гледишта.[97] Како је у чл. 224а предвиђена казна затвора до три године, из тога произлази да покушај није кажњив и да би се морало утврдити да је субјекту привредног пословања проузрокована штета како би постојала кривична одговорност. Међутим, треба имати у виду да ЗОПД предвиђа кривично дело повреде дужности избегавања сукоба интереса које постоји уколико је та дужност повређена са намером прибављања какве имовинске користи себи или другоме.[98] За постојање тог кривичног дела није, према томе, потребно да је наступила последица у виду проузроковане штете, а зона кажњивости је и шире одређена у односу на чл. 224а јер законодавац не захтева да намера буде усмерена на прибављање противправне већ било које имовинске користи.

3.3. Пристанак повређеног

Ако би у описаним случајевима прекорачења заступничких овлашћења пре предузимања радњи на које заступник није овлашћен била дата сагласност заступаног, кривично дело не би постојало.[99] Исто важи и за случајеве повреде дужности, када је сагласност дата унапред. Међутим, и у тим ситуацијама се могу јавити спорна питања у вези са пристанком чланова друштава на предузимање

---

[96] Вид. више у Christian Bertel, Klaus Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, Wien 2010, 278.

[97] T. Rönnau (2007), 922–925.

[98] ЗОПД, чл. 583.

[99] U. Kindhäuser, 288–289. У немачкој литератури се сматра да пристанак искључује биће кривичног дела, а не противправност. Вид. K. Lackner, K. Kühl, 1309; W. Mitsch, 533. То схватање се темељи на чињеници да пристанак искључује постојање повреде обавезе која улази у опис тог кривичног дела. Но, решење у српском КЗ је другачије, због чега се може отворити питање да ли је овде у питању пристанак који искључује противправност дела. Вид. Игор Вуковић, „Пристанак повређеног као основ искључења противправности", *Казнена реакција у Србији, 3. део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд 2013, 168–186.

радњи којима се друштву проузрокује штета, а посебно у случају једночланих друштава. Иако у нашем компанијском праву није потребно одобрење када је реч о једночланим привредним друштвима, управо се код њих појављује проблем у вези са „пристанком" који би могао да искључи постојање кривичног дела. Наиме, у пракси се неретко дешава да директори привредних друштава подижу новац са рачуна привредног субјекта за сопствене потребе. Како се у тим случајевима штета проузрокује „сопственом" привредном субјекту, разматра се да ли би било оправдано да постоји то кривично дело. С једне стране, привредно друштво има свој правни субјективитет те се, сходно томе, и штета проузрокује на туђој а не на својој имовини, што оправдава постојање те инкриминације. С друге стране, интерес примене кривичног права у тим случајевима може се видети само у ситуацијама када се на тај начин угрожавају или повређују права трећих лица, на пример поверилаца. Но, коришћење те инкриминације да би се заштитила трећа лица доводи до њене широке и нејасне примене, посебно имајући у виду да је циљ прописивања кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности заштита привредног субјекта, односно његове имовине. Није спорно да може постојати неко друго кривично дело (на пример, у случају неовлашћеног подизања новца за личне потребе са рачуна привредног субјекта постојаће кривично дело пореске утаје). Но, како је имовина привредног субјекта одвојена од имовине директора, односно заступника, то кривично дело би постајало ако уз претходну сагласност друштва као заступаног буде предузета радња којом се проузрокује имовинска штета привредном субјекту[100], а према мишљењу појединих аутора, само ако на тај начин буде угрожен основни капитал или друштву прети стечај.[101] Ако се узме у обзир да је кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности предвиђено у групи дела против привреде и да се њиме повређује не само имовина пасивног субјекта, већ посредно угрожава и привреда, у наведеном случају кривично дело би постајало.

3.4. Ризични послови

Посебно је интересантно питање како поступити у случајевима ризичних послова, чија је главна карактеристика постојање одређеног степена неизвесности у погледу остварења добити, односно да ли ће добит уопште бити остварена или ће предузимање посла проузроковати губитак (на пример, одобравање кредита, улагања).[102]

---

[100] Вид. A. Schönke, H. Schröder, 2455–2457; K. Lackner, K. Kühl, 1309–1310.

[101] Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln 2006, 173; U. Kindhäuser, 289.

[102] A. Schönke, H. Schröder, 2454.

Наш законодавац уопште не дефинише у чему се састоји радња кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, из чега произлази да и такве ситуације могу бити подведене под његов опис. У литератури има различитих предлога како искључити постојање кривичног дела када је реч о ризичном послу. Према једном мишљењу, била би искључена радња јер је у питању социјално адекватно понашање. Иако је суштински приговор који се тој концепцији упућује неодређеност[103], чини се да је значајније приговорити да схватање о социјалној адекватности радње подразумева само друштвено релевантно, а не и нормативно вредновање које је неопходно да би се утврдило да ли је лице поступало у складу са одређеним правним стандардима, попут пажње доброг привредника.

Одређени број аутора заговара став да проблематику предузимања ризичних послова треба решити путем института пристанка повређеног.[104] Ако заступани, односно лице о чијој се имовини стара учинилац дâ претходну сагласност за предузимање ризичног посла, биће кривичног дела неће постојати.[105] Међутим, проблем настаје у ситуацијама када нема изричитог пристанка и када се на основу околности конкретног случаја мора утврђивати воља друштва. Има мишљења да процену треба вршити у складу са правилима компанијског права (поступање у складу са пажњом доброг привредника). Ако би одлука била донета у складу са поменутим стандардом, могло би се тврдити да је искључено постојање бића кривичног дела јер нема повреде обавезе.[106]

Предузимање ризичних послова резултат је пословних одлука које доносе лица која управљају привредним друштвом. У српском компанијском прави постоји посебна дужност коју та лица имају према привредном друштву – дужност пажње. Директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управници, као субјекти дужности пажње, морају да поступају савесно, са пажњом доброг привредника и у најбољем интересу привредног друштва. Стандард пажње доброг привредника је само један од три елемента те дужности. Уколико поменута лица донесу пословну одлуку, укључујући и ону која се показала као лоша за друштво, након консултовања стручњака из одређене области за које разумно верују да су поступала савесно, уз испуњење претходно поменутих услова, биће заштићена од одговорности – правило пословне процене.[107]

[103] Thomas Hillenkamp, „Risikogeschäft und Untreue“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 5/1981, 161–179.

[104] Вид., на пример, A. Schönke, H. Schröder, 2454.

[105] W. Mitsch, 533.

[106] Тако K. Lackner, K. Kühl, 1300.

[107] Вид. више о правилу пословне процене у Ј. Лепетић, 342–345.

Одобрење повреде дужности пажње није предвиђено. Лице које ту дужност повреди и друштву проузрокује штету неће за њу одговарати ако у предвиђеном року за подношење тужбе због повреде те дужности ни друштво ни чланови (деривативно) не поднесу тужбу.

Мишљење да случајеве ризичних послова можемо искључити на основу дозвољеног ризика као једног од основа искључења противправности, суочава се са критиком да је тешко применити тај разлог искључења кривичног дела које је учињено са умишљајем[108] (а у нашем правном систему и са намером као обавезним елементом бића). Осим тога, питање је како одредити да ли је реч о ризичном послу помоћу основа који се зове дозвољени ризик.[109] У нашој литератури има мишљења да дозвољени ризик не може бити основ искључења противправности већ бића кривичног дела.[110]

С друге стране, како биће кривичног дела садржи субјективни елемент намере да се прибави противправна имовинска корист, могло би се рећи да је сужавање криминалне зоне постигнуто на тај начин. Ипак, сужавање бића кривичног дела не треба чинити на субјективном плану већ на објективним обележјима. Осим тога, доказивање тог субјективног елемента неретко ће бити скопчано са потешкоћама.[111]

4. ЗАКЉУЧАК

Прописивањем кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности законодавац је покушао да обухвати различите ситуације у којима заступници, односно старатељи, проузрокују штету субјектима привредног пословања. Ипак, питање је да ли је уопште било потребе за увођењем тог кривичног дела имајући у виду да КЗ у групи дела против имовине већ прописује кривично дело злоупотребе поверења, које је могло да се примењује и у случајевима када је пасивни субјект правно лице, односно субјект привредног пословања, а не само физичко лице. Осим тога, ЗОПД предвиђа три кривична дела која се могу применити у одређеним случајевима када се или злоупотребљавају заступничка овлашћења или крше посебне дужности. Неминовно је, према томе, да се у пракси појави проблем разграничења тих инкриминација у односу на чл. 224а, као и питање стицаја са тим кривичним делом.

[108] Вид, H. Jescheck, T. Weigend, 401.

[109] T. Hillenkamp, 164−165.

[110] Зоран Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд 2018, 155–156.

[111] T. Hillenkamp, 161–179.

Анализа свих елемената кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности омогућава да се изведе неколико закључака. Најпре, категорија учиниоца тог кривичног дела широко је одређена. Осим заступника, законодавац, као и у случају кривичног дела злоупотребе поверења, задржава категорију старатеља. Но, док је код поменутог кривичног дела то лично својство учиниоца оправдано имајући у виду случајеве старања у грађанском праву, појам старатеља је стран нашем компанијском праву. Уместо тога, боље би било користити термин лице које се стара о имовини субјекта привредног пословања, односно лице које има обавезу да поступа у интересу друштва, чиме би били инкриминисани и случајеви повреде дужности који нису обухваћени поменутим кривичним делима предвиђеним ЗОПД.[112] Осим тога, законодавац је требало да предвиди у чему се састоји радња извршења кривичног дела, као што је то учинио у случају кривичног дела злоупотребе поверења. Иако није неуобичајено да радње кривичних дела против привреде буду шире одређене јер није могуће унапред предвидети све ситуације које би могле бити обухваћене тим инкриминацијама, то што није предвиђена радња извршења није у складу са начелом законитости, тачније његовим сегментом *lex certa*. Имајући у виду да законодавац предвиђа две категорије учинилаца, заступника и старатеља, требало би одредити да се радња извршења састоји у злоупотреби заступничких овлашћења (искоришћавање, прекорачење, невршење) или повреди посебних дужности.

Напослетку, спорна питања у примени тог кривичног дела могу се јавити код пристанка повређеног, а посебно када је у питању једночлано привредно друштво. У многим случајевима радиће се о стицају са другим кривичним делима, али како је наш законодавац предвидео то кривично дело у групи дела против привреде, могло би се тврдити да та инкриминација може бити примењена и у ситуацијама када друштво има само једног члана или се сви чланови саглашавају са проузроковањем штете јер се њоме, осим имовине пасивног субјекта, угрожава и привреда као заштитни објект.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Arens, S., *Untreue im Konzern*, Freiburg 2010.

Bertel, C., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, Wien 2010.

Благић, Д., *Начело законитости у кривичном праву*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.

[112] У питању су повреде дужности пажње, дужности поштовања забране конкуренције и дужности чувања пословне тајне.

(Blagić, D., *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Делајец, В., Дика, М., *Грађанско процесно право*, Загреб 1986. (Delajec, V., Dika, M., *Građansko procesno pravo*, Zagreb 1986)

Дудаш, А., „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014. (Dudaš, A., „O celishodnosti zakonskog uređenja fiducijarnog prenosa svojine u pravu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014)

Ђорђевић, Ђ., *Кривично право, посебни део*, Београд 2011. (Đorđević, Đ., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2011)

Fischer, T., „Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen, Aktuelle Diskussionen im Untreue– und Betrugsstrafrecht“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (Sonderheft)* 2009.

Hillenkamp, T., „Risikogeschäft und Untreue“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 5/1981.

Jescheck, H. H., Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrects, Allgemeiner Teil*, Berlin 1996.

Kindhäuser, U., *Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte*, Baden-Baden 2008.

Коларић, Д., „Реформски процеси и кривично материјално законодавство Србије“, *Crimen* 2–3/2017. (Kolarić, D., „Reformski procesi i krivično materijalno zakonodavstvo Srbije“, *Crimen* 2–3/2017)

Крстић, Ђ., „Институт траста (trust) у англо-америчком праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1998. (Krstić, Đ., „Institut trasta (trust) u anglo-američkom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/1998)

Lackner, K., Kühl K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2011.

Laufhütte, H. W., Rissing-van Saan R., Tiedemann K. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, §§ 263 bis 283d*, Berlin 2012.

Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006. (Lazarević, Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006)

Лепетић, Ј., *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд 2015. (Lepetić, J., *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – dužnost lojalnosti*, Beograd 2015)

Лукић, Н., „Појам и одређене карактеристике привредног кривичног права“, *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2014. (Lukić, N., „Pojam i određene karakteristike

privrednog krivičnog prava“, *Kaznena reakcija u Srbiji, 4. deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2014)

Марковић, В., „Законски и статутарни заступници привредних субјеката“, *Право – теорија и пракса* 7–9/2012. (Marković, V., „Zakonski i statutarni zastupnici privrednih subjekata“, *Pravo – teorija i praksa* 7–9/2012)

Марковић, В., „О правном појму заступања“, *Право – теорија и пракса* 4–6/2014. (Marković, V., „O pravnom pojmu zastupanja“, *Pravo – teorija i praksa* 4–6/2014)

Марковић, В., „Пословни углед компаније: лично право коме треба установити заштиту кроз нематеријалну штету“, *Право и привреда* 5–8/2008. (Marković, V., „Poslovni ugled kompanije: lično pravo kome treba ustanoviti zaštitu kroz nematerijalnu štetu“, *Pravo i privreda* 5–8/2008)

Марковић, М., „Негативан публицитет регистра привредних субјеката“, *Право и привреда* 1–4/2008. (Marković, M., „Negativan publicitet registra privrednih subjekata“, *Pravo i privreda* 1−4/2008)

Mitsch, W., *Strafrecht, Besonderer Teil II*, Berlin 2003.

Палачковић, Д., „(‘Законско’) заступање привредних друштава“, *Право и привреда* 4−6/2012. (Palačković, D., „(‘Zakonsko’) zastupanje privrednih društava“, *Pravo i privreda* 4−6/2012)

Радовановић Вучковић, М., *Заступништво у грађанском и привредном праву*, Београд 1969. (Radovanović Vučković, M., *Zastupništvo u građanskom i privrednom pravu*, Beograd 1969)

Rönnau, T., „Untreue als Wirtschaftsdelikt“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2007.

Rönnau, T., „(Rechts-) Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2/2010.

Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München 2006.

Schönke, A., Schröder, H. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2010.

Срзентић, Н. (ур.), *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд 1978. (Srzentić, N. (ur.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd 1978)

Стојановић, З., Коларић, Д., „Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије“, *Српска политичка мисао* 3/2015. (Stojanović, Z., Kolarić, D., „Savremene tendencije u nauci krivičnog prava i krivično zakonodavstvo Srbije“, *Srpska politička misao* 3/2015)

Стојановић, З., *Предговор Кривичном законику, Кривични законик према стању законодавства од 24. новембра 2016. године*, Београд 2016. (Stojanović, Z., *Predgovor Krivičnom zakoniku, Krivični zakonik prema stanju zakonodavstva od 24. novembra 2016. godine*, Beograd 2016)

Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2018. (Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2018)

Стојановић, З., *Кривично право, општи део*, Београд 2018. (Stojanović, Z., *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd 2018)

Шкулић, М., „Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010. (Škulić, M., „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010)

Шкулић, М., *Организовани криминалитет*, Београд 2018. (Škulić, M., *Organizovani kriminalitet*, Beograd 2018)

Tiedemann, K., *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln 2006.

Васиљевић, М., *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд 2013. (Vasiljević, M., *Korporativno upravljanje – izabrane teme*, Beograd 2013)

Васиљевић, М., *Трговинско право*, Београд 2014. (Vasiljević, M., *Trgovinsko pravo*, Beograd 2014)

Васиљевић, М., *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд 2017. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, Beograd 2017)

Водинелић, В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012)

Вуковић, И., „Кривичноправни појам и функција радње", *Crimen* 1/2012. (Vuković, I., „Krivičnopravni pojam i funkcija radnje", *Crimen* 1/2012)

Вуковић, И., „Пристанак повређеног као основ искључења противправности", *Казнена реакција у Србији, 3. део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2013. (Vuković, I., „Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti", *Kaznena reakcija u Srbiji, 3. deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2013)

Natalija Lukić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

Jelena Lepetić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

ABUSE OF TRUST IN THE ECONOMY – (UN)SUCCESSFUL ATTEMPT OF MODERNIZING CRIMINAL LAW

Summary

In this paper the authors analyse abuse of trust in the economy, a criminal offence recently introduced into Serbian criminal law legislature. Taking into account the relevant provisions of laws in regards to companies, the authors refer to the scope of application of this crime and thoroughly explain categories of persons that may be considered representatives and trustees as perpetrators. The authors conclude that this criminal offence is imprecisely defined, considering the fact that the criminal law legislator does not prescribe the action of crime. Therefore, they suggest that this element of criminal offence should include abuse of representative powers and breach of duties to companies. Finally, the authors devote attention to the consent of the injured in relation to this criminal offence and to high-risk activities which, under certain conditions, may also exclude the existence of this criminal offence.

Key words: *Abuse of trust. – Representative. – Trustee. – Companies. – Consent of a victim. – Risky business activities.*

Article history:
Received: 25. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 342.9:35.077.3(497.11)

CERIF: S111

Др Вук Цуцић[*]

ФИНО ПОДЕШАВАЊЕ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Закон о општем управном поступку донет је 2016, а почео је да се примењује од 1. јуна 2017. године. Нови закон је донео значајне новине и битно је изменио концепт претходника који баштини традицију дужу од осам деценија. Како и приличи закону таквог значаја и обиму и важности новина, нови Закон о општем управном поступку изазвао је опречна реаговања у академској заједници – од критика до похвала.

Аутор рада, који је и један од аутора Нацрта закона, предлаже измене тог закона којима би се управни поступак унапредио. Аутор рада налази да простора за побољшање има у одредама које се тичу гарантног акта, странке, достављања, приговора, жалбе и извршног поступка.

Кључне речи: *Закон о општем управном поступку. – Управни поступак. – Гарантни акт. – Жалба. – Административно извршење.*

1. УВОД

„Никад не смемо изгубити из вида чињеницу да закон има морални темељ, и никад не смемо пропустити да се упитамо не само шта закон јесте, већ и шта би закон требало да буде.“ Цитираним речима Ентонија Кенедија (*Anthony Kennedy*), судије Врховног суда Сједињених Америчких Држава, узимајући у обзир положај и улогу онога ко их упућује и становиште оног ко их разлучује, може се придати различит смисао. Како онај чије су то речи има у правном систему из кога потиче и у којем делује двоструку улогу – улогу судије-тумача права и улогу судије-ствараоца права – и његове

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *vukcucic@ius.bg.ac.rs*.

речи би требало схватити барем на два начина. Први, да закон служи одређеној моралној сврси – постизању правде, остварењу јавног интереса, побољшању опште добробити и тако даље, те да га, на тај начин, телеолошки, складно наведеном циљу, треба и тумачити. Други, да кад језик норме не омогућава спровођење у дело тумачења закона којим се постиже поменути циљ, онда такав закон треба мењати.

Другим речима, дужност је сваког правника не само да ваљано тумачи већ и да стално преиспитује одредбе позитивног права, с циљем да их унапређује. Те обавезе нису ослобођени ни они који су у стварању тих норми непосредно учествовали. Стога је аутор ових редова одлучио да подвргне критици одредбе Закона о општем управном поступку[1], прописа у чијем је уобличавању учествовао као члан радне групе за израду Нацрта закона, те да тиме покуша да допринесе његовом унапређењу.

Критику аутора не треба схватити искључиво као исправљање сопствених грешака, мада има и тога у редовима који следе, јер ЗУП садржи решења која аутор рада ни у поступку његове израде није сматрао оптималним, али која су, ипак, у њему нашла своје место. Разлози за такав исход варирају од држања мањинског става у самој радној групи, преко утицаја доносилаца политичких одлука, затим учешћа Европске делегације (у сарадњи са организацијом СИГМА[2]) током израде нацрта закона, до измена Нацрта закона након слања Влади и Народној скупштини. Како бисмо се бар делимично држали Бизмарковог савета да не треба бити ту кад се праве закони и кобасице, нећемо одати рецепт за те састојке, то јест нећемо помињати који од тих разлога је узроковао које од законских решења, која ће бити подвргнута критици.

Поступак доношења новог ЗУП трајао је седам година (2009–2016). Током тог периода образоване су три радне групе и израђене четири верзије нацрта закона. Све четири верзије Нацрта ЗУП су, како и приличи закону његовог значаја и традиције, као и обиму и важности измена у односу на претходни закон, изазвале опречна реаговања у академској јавности – од критика[3] до похва-

---

[1] Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016.

[2] СИГМА је организација коју су основали Европска унија и Организација за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) ради пружања помоћи државама у поступку реформе јавне управе.

[3] Дражен Миљић, „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 2/2017; Ратко Радошевић, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку РС“, *Правна ријеч* 46/2016; Драган Милков, Ратко Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку – ‘Управно поступање’“, *Зборник радова ПФНС* 3/2016; Предраг Димитријевић, „Апорије Закона о општем управном поступку“, *Правни живот* 10/2014; Дејан Вучетић, „Ев-

ла.[4] Иако има места и похвали и критици критике, у раду ћемо се ограничити искључиво на предлоге за унапређење.

Ако се узме да је ЗУП почео да се примењује средином прошле године, поставља се питање зашто мењати 'свеже' донет закон. У току је поступак усклађивања закона који уређују посебне управне области и поступке (посебни закони) са ЗУП, који се мора окончати до 1. јуна 2018. године (чл. 214, ст. 1). Како је реч о више од 300 закона који још нису ушли у процедуру усклађивања, питање је да ли ће бити донета одлука да се тај рок продужи. Ако до тога дође, и неке друге одредбе ЗУП могле би да се измене.

Као и речи судије Кенедија с почетка текста, ни овом раду није једина сврха да предложимо измене и допуне ЗУП, већ и да, према нашем схватању, предложимо правилан начин тумачења одређених решења, која не сматрамо потпуно адекватним, а чије језичко уобличење то допушта.

ропска управно-процесна правила и општи управни поступак РС", *Зборник радова Правног факултета у Нишу (Зборник радова ПФН)* 68/2014; Драган Милков, „О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније", *Зборник радова ПФН* 68/2014; Драган Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну?", *Зборник радова ПФНС* 1/2013; Зоран Лончар, „О Нацрту Закона о општем управном поступку", *Правна ријеч* 35/2013; Предраг Димитријевић, „Реформа управног поступка", *Владавина права и правна држава у региону* (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево 2013; Зоран Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства", *Правни живот* 10/2013; Стеван Лилић, „Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)", *Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

[4] Зоран Томић, „Управни уговори", *Правни живот* 10/2017; Добросав Миловановић, „Временско важење Закона о општем управном поступку", *Правни живот* 10/2017; Зоран Лончар, „Овлашћено службено лице у управном поступку", *Правни живот* 10/2017; Драган Васиљевић, „Облици управног поступања по новом Закону о општем управном поступку РС", *Правни живот* 10/2017; Љубодраг Пљакић, „Поништавање и укидање решења у управном поступку", *Правни живот* 10/2017; Драган Васиљевић, „Концепт ванредних правних средстава по новом Закону о општем управном поступку", *Правни живот* 10/2016; Љубодраг Пљакић, „Управно поступање у новом Закону о општем управном поступку", *Правни живот* 10/2016; Зоран Лончар, „Посебни управни поступци", *Зборник радова ПФНС* 4/2016; Добросав Миловановић, Вук Цуцић, „Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији", *Правни живот* 10/2015; Добросав Миловановић, Вук Цуцић, „Унапређење пословног окружења у Србији у светлу нових решења Нацрта закона о општем управном поступку", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015; Зоран Лончар, „Промена улоге службеног лица у управном поступку", *Правна ријеч* 42/2015; Добросав Миловановић, Драган Васиљевић, „У сусрет новим законским решењима у управном поступку РС", *Развојне тенденције у управном законодавству*, Охрид 2011.

Предложене измене, односно тумачења норми нису изнети према њиховој важности већ према њиховом редоследу у самом закону.

2. ГАРАНТНИ АКТ

Гарантни акт[5] уређен је члановима 18–21 и 158, тачка 8 ЗУП. Гарантни акт је писани акт којим се орган обавезује да, на одговарајући захтев странке, донесе управни акт одређене садржине. Гарантни акт не сме бити противан јавном интересу нити правном интересу трећих лица (чл. 20) и доноси се само кад је то посебним законом одређено (чл. 18). Орган је дужан да на захтев странке изда управни акт сагласно раније издатом гарантном акту, изузев ако постоји неки од следећих изузетака: 1) ако захтев за доношење управног акта не буде поднет у року од годину дана од дана издавања гарантног акта или другом року одређеном посебним законом; 2) ако се чињенично стање на коме се заснива захтев за доношење управног акта битно разликује од оног описаног у захтеву за доношење гарантног акта; 3) ако је измењен правни основ на основу кога је гарантни акт донет тако што се новим прописом предвиђа поништавање, укидање или измена управних аката донетих на основу ранијих прописа; 4) кад постоје други разлози одређени посебним законом (чл. 19, ст. 1 и 3). Ако ниједан од тих изузетака не постоји, а управни акт није донет сагласно гарантном акту, странка против таквог управног акта може поднети жалбу (чл. 19, ст. 2 и чл. 158, тач. 8).

ЗУП је, као што се види из приложеног, доста детаљно уредио тај нови правни институт. У сваком случају, детаљније од земаља из окружења, које баштине исту правну традицију.[6] ЗУП је додатно регулисао гарантни акт тиме што је у чл. 21 прописао да се на гарантни акт сходно примењују одредбе о управном акту. Одредбе које долазе у обзир да буду сходно примењене на гарантни акт јесу одредбе о почетку дејства управног акта, о надлежности за доношење, о саставним деловима управног акта, о року за издавање управног акта, о правној заштити, тј. о могућности подношења жалбе.[7]

Прописивање одредбе, каква се налази у чл. 21 ЗУП, по правилу је номотехнички оправдано и пожељно. Тиме се избегава непотребно

[5] Детаљно о гарантном акту, вид. Д. Миловановић, В. Цуцић (2015a), 454–463.

[6] Вид. хрватски Закон о опћем управном поступку, чл. 103, *https://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-općem-upravnom-postupku*, 27. фебруар 2018, и црногорски Закон о управном поступку, чл. 20, *www.pravda.gov.me*, 27. фебруар 2018.

[7] Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017, 45–46.

понављање, а и смањује могућност изостављања неке битне одредбе, која би супсидијарно или сходно требало да уреди одређени правни институт, то јест избегава се настанак правне празнине. Упркос томе, како је реч о новом институту, који познају неки посебни закони,[8] али који досад није био део ЗУП, сматрамо да је одређена правила, која се могу применити на основу тог члана, требало изричито прописати у делу ЗУП који уређује гарантни акт. Не предлажемо да се одредба чл. 21 обрише већ да се одређене одредбе додају, како би олакшале примену закона и отклониле сумњу у начин тумачења те одредбе. Конкретно, сматрамо да је две ствари требало експлицитно регулисати – тренутак кад гарантни акт постаје извршан и систем правне заштите против гарантног акта и управног акта донетог сагласно гарантном акту. Та два питања су повезана међусобно, као и са самом суштином тог правног института – правном сигурности.

Постоји недоумица о правној природи гарантног акта, односно питање да ли је то посебна врста управног акта или мишљење органа о примени права у конкретном случају, које је, за разлику од мишљења издатог на основу чл. 80 Закона о државној управи[9], обавезујуће за орган.[10] Та недоумица доводи до питања да ли се на гарантни акт примењују одредбе о извршности управног акта (чл. 190). Кад гарантни акт постаје извршан, то јест од ког тренутка он обавезује орган? Од ког тренутка је орган дужан да на захтев странке изда управни акт сагласно раније издатом гарантном акту? Ако је реч о обавезујућем мишљењу органа, онда оно производи дејство од тренутка кад је странка о њему обавештена (сходна примена чл. 17 ЗУП – Почетак правних дејстава управног акта). Уколико је, пак, реч о посебној врсти управног акта, онда би, ако посебним законом није искључена жалба против гарантног акта и/или суспензивно дејство те жалбе, сходном применом чл. 190, ст. 2, тач. 1, 4 и 5 ЗУП, гарантни акт почео да производи дејства 1) истеком рока за жалбу, ако она није изјављена; 2) кад се све странке одрекну права на жалбу или 3) обавештавањем странке о решењу, којим се жалба против гарантног акта одбацује или одбија.

Одговор на дато питање садржи значајне практичне импликације. Наиме, може се догодити да странка након издавања гарантног акта, а пре истека рока за жалбу, затражи од органа да донесе управни акт сагласно издатом гарантном акту. Ако је реч о обавезујућем мишљењу, орган је дужан да поступа по таквом захтеву и, теоријски, може издати управни акт и пре него што је истекао рок за жалбу

[8] *Ibid.*, 40.

[9] Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010 и 99/2014.

[10] З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 40.

против гарантног акта. У таквој ситуацији, ускраћује се могућност трећим лицима да се заштите од незаконитог гарантног акта пре његове реализације (доношења управног акта сагласно таквом гарантном акту). Такође, ту могу настати и потешкоће за лице које је тражило издавање гарантног акта и управног акта, а које се поуздало у законитост одлучивања органа. Штету би претрпео и јавни интерес зато што би орган након доношења два правна акта (гарантног и управног) морао оба да уклања, и то у два (додатна) одвојена управна поступка (управни акт, по правилу, по жалби, а гарантни акт, највероватније, употребом неког од ванредних правних средстава). У супротном, ако би се гарантни акт сматрао посебном врстом управног акта, он би почео да обавезује орган, то јест постао би извршан тек пошто жалбу више није могуће изјавити или пошто је о њој одлучено. Дакле, из тога произлази да се, осим снижавања нивоа правне сигурности, удвостручавањем посла органа, крши и начело делотворности и економичности поступка (чл. 9).

Постоје аргументи у прилог оба становишта о правној природи гарантног акта. С једне стране, може се тврдити да је гарантни акт обавезујуће мишљење органа[11] јер не признаје странци непосредно никаква права нити јој утврђује обавезе. С друге стране, могло би се утврдити и да странка овде добија више од обичног тумачења правне норме од надлежног органа управе, то јест да добија право да јој се изда управни акт одређене садржине, па и то да тиме реализује своје право на повећану правну сигурност у конкретном случају. Било како било, које год схватање од ова два да превлада, поготово зато што се и једно и друго може аргументовано заступати, сматрамо да би законодавац требало да се определи за једну од две могућности. Тиме би се отклонила правна несигурност, која представља сушту супротност том правном институту, претварајући га тиме у оксиморон – правно несигурни правни институт чији је циљ повећање правне сигурности.

Према нашем виђењу, законодавац би требало да изабере другу опцију. Требало би да пропише (било упућивањем на одредбе о управном акту, било непосредно) да гарантни акт може да се изврши, то јест да обавезује орган тек од оног тренутка кад више против њега није могуће изјавити жалбу (услед пропуштања рока, одрицања, одбацивања или одбијања). На тај начин би се добило на правној сигурности јер би се гарантни акт извршавао тек кад постане коначан и извршан, што би заузврат дало трећим лицима могућност да побију незаконите гарантне акте пре него што се њихова садржина реализује и настану све раније поменуте потенцијалне потешкоће. Потреба за таквим уређењем је видљивија кад размотримо други

[11] *Ibid*.

проблем уређења гарантног акта – питање правне заштите против управног акта донетог на основу гарантног акта.

Правна заштита код гарантног акта функционише на следећи начин. Подносилац захтева за издавање гарантног акта, као и трећа лица незадовољна гарантним актом, могу поднети жалбу, а затим и тужбу Управном суду против самог гарантног акта. Такође, ЗУП је прописао и да се управни акт који није донет сагласно гарантном акту по том основу може побијати жалбом.

Оно што ЗУП, пак, није уредио на прави начин, те је оставио питање отвореним, јесу основи за побијање управног акта који јесте донет сагласно гарантном акту. Ту настаје проблем. Замислимо да је на захтев подносиоца издат гарантни акт. Гарантни акт је постао коначан и правноснажан пропуштањем рока за изјављивање жалбе. Подносилац захтева за издавање гарантног акта сад захтева да се изда управни акт сагласно гарантном акту. Надлежни орган утврди да не постоји ниједан од изузетака који орган ослобађа обавезе да изда управни акт сагласно гарантном акту и издаје управни акт. У међувремену, након што је гарантни акт постао коначан и правноснажан, подносилац захтева је, поуздајући се у њега, предузео одговарајуће пословне или друге ризике у вези са управним актом који треба да буде издат сагласно гарантном акту. Примера ради, купио је земљиште на којем ће градити фабрику или подигао кредит или купио и увезао одређену робу. Сад се тек, након издавања управног акта сагласно гарантном акту, треће заинтересовано и легитимисано лице одлучује да поднесе жалбу. Оно више не може да поднесе жалбу против гарантног акта, али зато може против управног акта. Жалилац, притом, не напада управни акт тврдећи да није сагласан гарантном акту или да је постојао изузетак од обавезе његовог издавања (истек рока за подношење захтева, другачије чињенично стање, одговарајућа измена правних прописа) већ побија управни акт због тога што у њему добро примењен материјални закон. Реч је о закону који је, заправо, примењен кад је одлучивано о издавању гарантног акта. Тад је орган применио право на конкретан случај. Кад је издаван управни акт, орган није наново одлучивао о начину примене права већ је само испитивао да ли постоји неки од изузетака од обавезе издавања управног акта сагласно гарантном акту. Онда настаје проблем. Другостепени орган по жалби или накнадно Управни суд по тужби поништава управни акт (не гарантни акт). Дакле, странка која се поуздала не само у закон већ у обећање јавне власти да ће на конкретан случај (који се правно и чињенично није променио) право бити примењено на одређени начин и с тим у вези предузела одређене пословне или друге ризике (на пример, одрекла се свог претходног држављанства и постала апатрид) сад трпи. Тиме се ин-

ститут гарантног акта, чији је циљ, понављамо још једном, повећање правне сигурности за странку, доводи до апсурда, претварајући се у сопствену супротност.

Како избећи тај проблем? Као што је речено у уводу рада, на два начина – исправним тумачењем или изменом ЗУП.

Измена ЗУП је једноставнији приступ. Законодавац пропише да се управни акт издат сагласно гарантном акту не може побијати жалбом и/или тужбом Управном суду због тога што у њему није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт, због тога што су прекорачене границе овлашћења при одлучивању по слободној оцени или због тога што није донет сагласно циљу због кога је то овлашћење дато, због нецелисходности (чл. 158, тач 1, 6 и 7). Другим речима, такав управни акт не би могао да се нападне због материјалноправне незаконитости. По том основу може да се нападне само гарантни акт јер су тад и примењене релевантне одредбе закона. Остаје могућност да се управни акт издат сагласно гарантном акту нападне по другим жалбеним основима – ненадлежност органа, погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, неправилан закључак о чињеничном стању, повреда правила поступка, због тога што није донет сагласно гарантном акту (чл. 158, ст. 2–5), као и зато што је постојао неки од изузетака од обавезе издавања управног акта сагласно гарантном акту (чл. 19, ст. 3).

Други приступ, једини који стоји на располагању до евентуалних прецизирајућих измена ЗУП, јесте, према нашем разумевању, само правилно тумачење одредаба ЗУП, које искључује могућност побијања управног акта издатог сагласно гарантном акту због материјалноправне незаконитости. До тог тумачења долази се, најпре, применом циљног тумачења. Циљ увођења гарантног акта, видљив из самог текста закона, али и наглашен у Образложењу Предлога ЗУП[12], јесте повећање правне сигурности. Како се тим одредбама, на начин који смо раније описали, долази управо до супротног исхода – снижавања нивоа правне сигурности странке, одредбу би требало тумачити на предложени начин. Затим, другачијим тумачењем би се прекршило једно од кључних начела тумачења права – да законодавац није хтео (заправо, није могао ни смео) да пропише норму која нема смисла, то јест која представља оксиморон, *contradicto in adiecto*, како смо показали. Такође, допуштање да се управни акт нападне по оном основу по којем је већ било могуће напасти ранији акт у датој управној ствари – гарантни акт, представљало би кршење принципа забране *venire contra factum proprium*. Реч је о забрани да се иде противно сопственим актима. Иако је реч о принципу који

[12] Образложење Предлога ЗУП, 4, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=256460*, 28. фебруар 2018.

се чешће примењује у неким другим гранама права[13], његова логика би могла да се примени и на тумачење одредаба ЗУП о гарантном акту. Потврду могућности његове примене у управном праву можемо наћи у упоредном праву.[14] Дакле, онај ко је имао прилику да побија правни акт, конкретно гарантни акт, у одређеној управној ствари по одређеном правном основу, па је то пропустио да учини, не би требало да има могућност да без посебног законског основа (као што је случај са ванредним правним средствима) побија други правни акт, управни акт издат сагласно гарантном акту, а којим се само реализује садржина првобитне правне одлуке у датој управној ствари. Најзад, да бисмо подржали тај став, направили бисмо поређење између односа гарантног акта и управног акта издатог на основу њега са односом који постоји између управног акта, решења и решења о извршењу решења (чл. 196). У потоњем случају жалба против решења о извршењу може се изјавити само на време, место и начин извршења. Не може се жалбом против решења о извршењу решења нападати нешто о чему је одлучивано у решењу које се извршава (главном решењу). Исту логику треба пресликати и на првонаведени однос. У поступку доношења гарантног акта не утврђује се чињенично стање (странка га описује) већ се примењује материјално право, док се приликом издавања управног акта сагласно гарантном акту само утврђује чињенично стање и испитује да ли постоји неки од изузетака из чл. 19, ст. 3 ЗУП. Следствено томе, код та два акта треба нападати оно о чему је у поступку њиховог доношења одлучивано, те истицање повреде материјалног права треба допустити само у жалби против гарантног акта.

3. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ

Појам странке је у новом ЗУП проширен, те укључује и заступнике колективних интереса и заступнике ширих интереса јавности, који су организовани сагласно прописима, могу да имају својство странке у управном поступку ако исход управног поступка може да

[13] Примера ради, у међународном јавном праву, као принцип „чистих руку“.

[14] Вид. одлуку Савезног управног суда Немачке (BVwG, *Urteil vom* 17. 8. 2017 (9C_726/2016), Rn. 5.5), *http://www.bvger.ch/publiws/download;jsessionid=CE48316E9B173225690B6AAF1C720E56?decisionId=bd34d971–802b-48f4-a82d-39d523e05c2f*, 5. март 2018, као и извод из одлуке Управног суда у Келну (VG *Köln*, *Urtail vom* 6. 12. 2012, 6 K 2684/12, Rn. 38), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *https://www. jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaetpersonen/albers-marion/lehrveranstaltung-franzius/verwr--8–10neu.pdf*, 5. март 2018. Такође, стоји да се тај принцип примењује и у јапанском управном праву. Bénédicte Fauvarque-Cosson, „La confiance légitime et l’estoppel“, *Electronic Journal of Comparative Law* 11(3)/2007, 32, *http://www.ejcl.org*, 12. март 2018.

утиче на интересе које заступају (чл. 44, ст. 3). С друге стране, из појма странке искључен је јавни тужилац.

ЗУП је оставио могућност да се законом пропише да одређени орган може да има својство странке у управном поступку (чл. 44, ст. 2), али није изричито прописао да постоји одређени орган који би могао да учествује у поступку, првостепеном или по правним средствима, ради заштите законитости и јавног интереса. Чланом 14 Закона о јавном тужилаштву[15] предвиђено је да се стварна надлежност јавног тужилаштва одређује у складу са одредбама закона које важе за утврђивање стварне надлежности суда, осим када законом није друкчије одређено. Из тога следи да јавни тужилац, изузев ако је то предвиђено посебним законом (а то није пракса у посебним законима), не може да учествује у управном поступку ради заштите законитости и јавног интереса.

Додатна потешкоћа лежи у чињеници да су изостављањем такве одредбе умногоме обесмишљена решења из чл. 11 и 49 Закона о управним споровима[16], према којима јавни тужилац може да поднесе тужбу и захтев за преиспитивање судске одлуке уколико сматра да је одређеним управним или судским актом повређен закон на штету јавног интереса. Наиме, изостављањем овлашћења јавног тужиоца за изјављивање жалбе у ЗУП, јавном тужиоцу је у бројним случајевима онемогућено да накнадно изјави правна средства у управном спору. То ће бити могуће само кад је жалба искључена у управном поступку или ако је странка поднела жалбу у управном поступку.

Тиме је из ЗУП искључена могућност да се управноправним путем отклоне последице коруптивног поступања органа управе у договору са странком. Наиме, у једностраначким стварима, ако би орган управе намерно незаконито одлучио у корист странке, не би постојао нико ко би својом интервенцијом могао да уклони акт којим је закон повређен на штету јавног интереса. Ни странка ни орган то не би сами учинили, док трећа лица не би била легитимисана да изјаве правна средства.[17] Зато и јесте била предвиђена могућност да јавни тужилац у таквим ситуацијама може да иницира поступак по жалби или ванредним правним средствима. Сматрамо да евентуална могућност кривичног гоњења овлашћеног службеног лица и/или странке не би представљала одговарајућу компензацију због дугог трајања кривичног поступка и тешког откривања и високог стандарда доказивања извршења тих кривичних дела.

---

[15] Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011, 38/2012, 121/2012, 101/2013, 111/2014, 117/2014, 106/2015 и 63/2016.

[16] Закон о управним споровима – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

[17] Дати проблем је препознат још у фази израде Нацрта закона и био је део Анализе ефеката Нацрта ЗУП (сачинили Добросав Миловановић и Вук Цуцић), 21.

То не значи да је законско решење по којем јавни тужилац може да изјави одговарајућа правна средства у управном поступку идеално решење. Недостаци таквог решења су двојаки.

Први се огледа у чињеници да је најважнији посао јавног тужилаштва гоњење учинилаца кривичних дела. Заштита законитости у управном поступку у таквом случају мора неминовно трпети и представљати тек минoран део активности тог државног органа.

Други недостатак произлази из праксе Европског суда за људска права. У предмету *Brumarescu* против Румуније. Европски суд је утврдио повреду права на правично суђење из чл. 6 Европске конвенције о људским правима. Повреда је била последица чињенице да је јавни тужилац био овлашћен да пред судом покрене поступак (да изјави ванредно правно средство) за поништавање правноснажне судске одлуке, без временског ограничења и упркос чињеници да није био странка у поступку доношења судске одлуке. Европски суд је утврдио да је тиме повређен принцип правне сигурности.[18] Иако се у том случају радило о парничном поступку, исто правило би важило и за управни и управносудски поступак. Исти проблем би могао да се догоди ако би јавни тужилац био овлашћен да користи правна средства код којих је рок за изјављивање исувише дугачак или не постоји (на пример, понављање поступка, поништавање коначног решења, укидање решења – чл. 176–184).

Следи да овлашћивање јавног тужиоца да може да изјави сва правна средства у управном поступку не би представљало идеално решење. Ближе оптималном било би законско решење којим би био створен посебан орган за заштиту законитости у управном поступку. То би обезбедило потребну специјализацију и, уз прописивање одговарајућих правних механизама и довољне људске ресурсе, такав орган би могао да обавља функцију заштите јавног интереса и законитости далеко боље од јавног тужилаштва. Чак би и ограничење проистекло из праксе Европског суда за људска права било лакше превазиђено јер би орган могао брже да реагује и да не угрози начело правне сигурности садржано у чл. 6 Европске конвенције. Ипак, мало је вероватно да би тако значајно и изазовно организационо и правно питање могло брзо да се реши. Држимо да би до тада било добро да се јавном тужиоцу омогући да изјави жалбу и да захтева понављање поступка (чл. 176), поништавање коначног решења (чл. 183) и укидање решења (чл. 184, ст. 1, тач. 1), све ради спречавања повреде закона на штету јавног интереса у управном поступку.

---

[18] *Brumărescu v. Romania*, *Application No*. 28342/95, пар. 62, пресуда од 28. октобра 1999. године, *www.hudoc.echr.coe.int*, 28. фебруар 2018.

4. ПРИГОВОР

ЗУП уводи ново правно средство – приговор. Реч је о правном средству које се може изјавити ако орган није испунио обавезу из управног уговора, због незаконитог предузимања или пропуштања предузимања управне радње и због неодговарајућег (неквалитетног, неуредног и/или дискриминаторног) пружања јавних услуга (чл. 147, ст. 1). Приговор је ремонстративно правно средство које се изјављује руководиоцу органа на чије се поступање односи, који и одлучује о приговору (чл. 148, ст. 1). О приговору се одлучује решењем (чл. 149, ст. 1). Приговор служи да се нападне незаконито предузимање одређеног ванправног, фактичког поступања управе, те да незаконитост отклони онај који ју је проузроковао или да се оно преточи у управни акт, који се даље може побијати управноправним путем заштите (жалба у управном поступку и/или тужба у управном спору).[19]

ЗУП прописује и рокове за изјављивање приговора против одговарајућег незаконитог поступања управе. Приговор се изјављује у року од: 1) шест месеци од пропуштања органа да испуни обавезу из управног уговора; 2) 15 дана од предузимања управне радње или од пропуштања да се управна радња предузме; 3) 15 дана од када се јавна услуга не пружа тако да обезбеди уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права и задовољавање потреба корисника (чл. 147, ст. 2).

У цитираној одредби начињен је пропуст. Предвиђен је (искључиво) раскидни рок за изјављивање правног средства у случају ћутања управе. Наиме, у тачки 2 стоји да се приговор против незаконитог пропуштања предузимања управне радње (кад је орган по закону био дужан да изврши неку фактичку радњу, а то није учинио) изјављује у року од 15 дана од дана пропуштања. У случају ћутања управе у поступку издавања управног акта или уверења, странка може да изјави жалбу као да је њен захтев одбијен (чл. 151, ст. 3, чл. 153, ст. 2 и чл. 29, ст. 4).

Тај пропуст ствара три проблема. Први, рокови за предузимање управних радњи, по правилу, нису предвиђени ни у ЗУП ни у посебним законима. Сасвим изузетно се такав рок прописује, примера ради, код издавања јавних уверења (чл. 29 и 30 ЗУП). Други, често за странку није једноставно или чак ни могуће да сазна да ли је орган благовремено предузео неку управну радњу, коју је био дужан да предузме. Примера ради, аутор овог рада је имао потешкоћу зато што Пореска управа по донетом решењу о прекњижавању средстава уплаћених на погрешан рачун није извршила управну радњу спровођења те промене у своју електронску евиденцију. Несразме-

[19] Д. Миловановић, В. Цуцић (2015а), 98–100.

ран терет се пребацује на странку уколико би она, као у наведеном примеру, била дужна да надгледа извршење сваке обавезе органа, а затим у врло кратком року губила право да приговором захтева предузимање неопходне управне радње. У неким случајевима то за странку не би било ни могуће. Трећи, кад орган пропусти да у законском року предузме неку управну активност, његова обавеза не престаје. Реч је о инструктивном року, након чијег истека странка стиче могућност да доступним правним средствима штити своја права и интересе. Орган је и даље надлежан, то јест има право и дужност да незаконито изостало управно поступање предузме. Управо из тог разлога, што обавеза органа наставља да постоји, није примерено да се прописује раскидни рок за изјављивање правног средства. Тај рок би заправо почињао сваког дана наново да се рачуна, те би се фактички претворио у оно што је и примерено ћутању управе – одложни рок.

Из тих разлога сматрамо да би чл. 147, ст. 2 ЗУП требало изменити те предвидети да се у случају незаконитог пропуштања предузимања управне радње приговор може изјавити након истека тог рока. С тим у вези, ради успостављања симетрије, требало би, као и за жалбу, у случају недоношења решења у законом предвиђеном року, прописати и накнадни раскидни рок (чл. 153, ст. 2) у којем странка има право да изјави приговор (више о томе у наредном одељку). Најзад, требало би, као и за издавање решења, предвидети општи рок за предузимање управних радњи, на пример, 15 дана од дана настанка обавезе предузимања управне радње, по угледу на парициони рок за странку у управном извршном поступку (чл. 190, ст. 4). Наравно, требало би допустити законодавцу да посебним законом тај рок продужи или скрати.

5. РАСКИДНИ РОК ЗА ИЗЈАВЉИВАЊЕ ЖАЛБЕ ПРОТИВ ЋУТАЊА УПРАВЕ

ЗУП је увео новину да за жалбу против ћутања управе, осим одложног, постоји и раскидни рок. Кад орган не изда решење у законом прописаном року (из чл. 145 ЗУП или рок предвиђен посебним законом), жалба може да се поднесе после истека тог рока, а најкасније у року од годину дана од истека тог рока (чл. 153, ст. 2).[20] Циљ те новине је да се повећа правна сигурност и да се странка онемогући да неразумно касним подношењем жалбе отежа посао органима. Наиме, ако би се у међувремену променили прописи на основу којих је започет поступак, орган би морао да примењује ис-

[20] Вид. *ibid*., 103.

товремено више правних режима у свом одлучивању, нови за нове предмете, а стари (којих би могло бити и више уколико су се релевантни прописи више пута мењали) за предмете по неразумно касно поднетим жалбама.[21]

Излаз из 'пат-позиције' у којој се предмет налази кад истекне раскидни рок за изјављивање жалбе против ћутања управе, ипак, постоји. Орган може да донесе решење којим би одлучио о захтеву странке (има право и дужност то да уради), а странка би могла да одустанком од захтева проузрокује обустављање поступка и да затим поднесе исти захтев у истој ствари јер, према начелу правноснажности у управном поступку (чл. 14), у таквој ситуацији не важи начело *ne bis in idem*.[22]

Ипак, то законско решење није оно које је радна група имала у виду. Наиме, из Анализе ефеката прописа види се да је у датој ситуацији, кад истекне рок за жалбу против ћутања управе, требало да се сматра да је поступак окончан.[23] Језик одредбе није одсликао праву намеру радне групе. Реч је о номотехничком пропусту. Стога би, према нашем мишљењу, ту норму требало допунити тако да се сматра да је истеком раскидног рока за изјављивање жалбе против ћутања управе поступак обустављен. То би било у складу са чл. 101, ст. 1 ЗУП, у којем стоји да се поступак обуставља ако орган нађе да нема услова да се даље води. Управо недостатак интересовања странке за решавање њене управне ствари, демонстриран пропуштањем да у року од годину дана поднесе жалбу, био би разлог за такво поступање. Штавише, тим решењем странка не би ништа изгубила у односу на ситуацију у којој би се нашла према важећој одредби чл. 153, ст. 2 ЗУП. Могла би поново да поднесе исти захтев. С друге стране, био би смањен број старих предмета за које ни странка ни орган нису више заинтересовани. То би заузврат омогућило бољу евиденцију предмета на којима се заиста ради, то јест пружило би бољи преглед стварне оптерећености органа, што је један од битних елемената за уобличавање јавних политика и спровођење функционалних анализа неопходног броја и структуре запослених.

6. МЕРИТОРНО ОДЛУЧИВАЊЕ ПО ЖАЛБИ

Нови ЗУП, попут свог претходника, прописује да је другостепени орган, уколико усваја жалбу, по правилу, дужан да предмет

[21] З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 171.

[22] *Ibid*.

[23] Анализе ефеката Нацрта ЗУП, 24.

реши мериторно, то јест да о управној ствари одлучи без враћања предмета на поновно одлучивање првостепеном органу (чл. 171 и 172). Постоје два изузетка када је другостепеном органу допуштено да предмет проследи другом органу на решавање. Другостепени орган поништава побијано решење и прослеђује предмет надлежном органу ако нађе да је побијано решење донео стварно ненадлежан орган (чл. 171, ст. 1). Ако другостепени орган нађе да ће недостатке првостепеног поступка брже и економичније отклонити првостепени орган, он ће својим решењем поништити првостепено решење и вратити предмет првостепеном органу на поновни поступак. У том случају, другостепени орган је дужан да својим решењем укаже првостепеном органу у ком погледу треба допунити поступак, а првостепени орган је дужан да у свему поступи према другостепеном решењу и да, без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од пријема предмета, донесе ново решење (чл. 171, ст. 3). По поништавању побијаног решења другостепени орган ће проследити предмет на поновни поступак првостепеном органу само ако је потребно да се у тој управној ствари донесе ново решење (чл. 171, ст. 4).

Дакле, другостепеном органу је допуштено да врати предмет на поновно одлучивање првостепеном органу (касирање) само уз кумулативно испуњење три услова: 1) да је чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено или да је учињена повреда правила поступка која је утицала на законитост и правилност побијаног решења, те да је због тога потребно допунити поступак; 2) да ће недостатке првостепеног поступка брже и економичније отклонити првостепени орган и 3) да у тој управној ствари треба да се донесе ново решење. Из тога следи да је касирање рестриктивно постављени изузетак од правила да другостепени орган мериторно решава предмет, те да се са нормативне стране том решењу мало шта има приговорити.

Упркос томе, пракса показује нешто сасвим друго. За потребе радне групе за израду Нацрта ЗУП, надлежно министарство прибавило је податке о другостепеном поступку за 2014. годину. Подаци су прикупљени 2015. године. На питање који је однос броја предмета који су решени мериторно и броја касација, испитани органи пружили су следеће податке (Табела 1).

Табела 1. *Мериторно решавање по жалби*

Другостепени орган	Укупно[24]	Усвојено[25]	Мериторно[26]	Касирано[27]	Мериторно[28] %	Касирано[29] %
Министарство грађевинарства, Сектор за грађевинске послове и грађевинско земљиште	3270	1112	125	987	11,2%	88,8%
Министарство трговине, туризма и телекомуника--ција	260	79	11	68	13,9%	86,1%
Министарство саобраћаја	75	40	4	36	10%	90%
Министарство просвете, науке и технолошког развоја	43	39	26	13	66,7%	33,3%
Министарство културе и информисања	35	11	6	5	54,5%	45,5%
УКУПНО	3683	1281	172	1109	15,5%	84,5%

Постотак предмета у којима другостепени орган по жалби предмет решава мериторно варира од једне до друге управне области. Ипак, укупни прикупљени подаци[30] показују да у свега 15,5% другостепени органи мериторно решавају предмет. Делује нам да је мало вероватно да су поменута три кумулативна услова испуњена у 84,5% свих случајева у којима другостепени орган усваја жалбу. Ако је та претпоставка тачна, онда је посреди злоупотреба или

[24] Број укупно примљених жалби у 2014. години.

[25] Број усвојених жалби у 2014. години

[26] Број жалби по којима је другостепени орган мериторно одлучио.

[27] Број жалби по којима је другостепени орган касаторно одлучио.

[28] Проценат усвојених жалби по којима је другостепени орган мериторно одлучио.

[29] Проценат усвојених жалби по којима је другостепени орган касаторно одлучио.

[30] Подаци о укупном броју поднетих жалби не постоје. Стога се не може доказати да је прикупљени узорак репрезентативан. Упркос томе, узорак представља јасан доказ да барем у неким поступцима постоји проблем за који покушавамо да предложимо решење.

неразумевање одредаба којима се уређује начин поступања другостепеног органа по жалби. Стога сматрамо да одредбе старог ЗУП није требало пресликати у нови закон. Уместо тога, требало је прописати, што једна од ранијих верзија нацрта и јесте садржала, обавезно мериторно поступање другостепених органа по жалби. Уз то би била остављена могућност да другостепени орган, у случају кад су испуњена три поменута услова, затражи службену помоћ од првостепеног или неког другог органа ради допуне поступка и правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања. Замољени орган би употпунио поступак, а другостепени орган би затим мериторно одлучио о предмету. Тиме би се спречио „пингпонг ефекат“, то јест ситуација у којој предмет неоправдано више пута иде од првостепеног ка другостепеном органу и натраг.[31]

Као алтернативно, прелазно решење, прописима о канцеларијском пословању могло би се прописати да предмет увек носи исти број, без обзира на то колико пута се јавља пред истим органом. Даље би требало прописати да се тај предмет само једном може рачунати у радну норму овлашћеног службеног лица и да се мора приоритетно решавати. Најзад, требало би искористити Управну инспекцију, која би могла посебно да контролише такве предмете и одредити ово као један од негативних параметара за оцењивање службеника.

7. ИЗВРШЕЊЕ

Према нашем схватању, у одељку административног извршења требало би да дође до три измене – најнижег нивоа новчане казне за правна лица код извршења посредном принудом, уређење новчане казне за неизвршење обавезе органа (чл. 198, ст. 2) и одредбе о надлежности за извршење новчаних казни изречених према ЗУП (чл. 199, ст. 1).

ЗУП уводи новине у извршење посредном принудом, то јест извршење путем новчаних казни. Према чл. 198, ст. 1, орган који спроводи извршење принудиће извршеника да испуни обавезе изрицањем новчане казне, ако извршење преко другог лица није могуће или није погодно да се постигне сврха извршења. Прва новина је могућност поновног изрицања новчане казне, све док извршеник на испуни обавезу из решења (чл. 198, ст. 3). Друга новина је

[31] Вид. Д. Миловановић, В. Цуцић (2015а), 106. Проблем „пингпонг ефекта“ јавља се и у другим земљама, попут Хрватске, где је ЗУП бар покушао да тај проблем реши. Вид. Božo Gagro, „Postupanje po žalbi prema novom Zakonu o općem upravnom postupku“, *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj* (ur. Ivan Koprić, Vedran Đulabić), Suvremena javna uprava, Zagreb 2009, 187–189.

напуштање одређивања износа новчане казне у апсолутним износима. Тиме се онемогућавају обезвређивање и последична неделотворност новчане казне услед инфлације. ЗУП предвиђа да се физичком лицу новчана казна изриче у распону од половине просечне месечне зараде по запосленом, са порезима и доприносима, која је остварена у Републици Србији у претходном месецу, до две просечне годишње зараде по запосленом, са порезима и доприносима, која је остварена у Републици Србији у претходној години, према подацима органа надлежног за послове статистике, а правном лицу – у распону од половине његових месечних прихода до десет процената његових годишњих прихода које је остварио у Републици Србији у претходној години (чл. 198, ст. 2).

Износ новчане казне за правна лица има још једну предност у односу на ранији правни режим. Новчана казна се одмерава спрам економске снаге извршеника.[32] Таква казна гарантује да неће доћи до ситуације у којој је поновљено плаћање казне за извршеника исплативије него извршење обавезе из решења. Пример тога била би ситуација у којој велика јавна предузећа прикривају штетне уговоре и не извршавају решења којима им је наложено да пруже информације од јавног значаја које се тичу тих уговора.

Упркос том побољшању, наведена одредба садржи и пропуст. Наиме, њоме је прописан најнижи износ новчане казне за правна лица у износу од половине његових месечних прихода. Код одређених извршеника тај минимални износ може се мерити у милијардама динара. Таква казна била би у одређеним случајевима несразмерна обавези коју извршеник треба да изврши. Проблем није, пак, у томе што се кажњава неко ко не жели да изврши своје обавезе. Свако је слободан да поступање по диспозицији правне норме замени поступањем по њеној санкцији. Па коме се шта исплати. Недостатак те одредбе је управо супротан. Може се догодити да онај ко треба да изрекне новчану казну због неизвршења обавезе то не учини зато што казну сматра несразмерном обавези коју треба извршити. Економска истраживања показују да увећање новчане казне за извршена казнена дела умањује вероватноћу њеног изрицања.[33] Исто се може догодити и са новчаном казном код извршења посредном принудом.

Из тог разлога предлажемо да се одредба чл. 198, ст. 2 ЗУП измени тако што би се изоставио најнижи износ новчане казне за правна лица.

---

[32] Економске анализе указују на то да је оптимална казна она која се на тај начин одређује. Вид. Борис Беговић, *Економска анализа генералне превенције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 201.

[33] *Ibid*., 206.

Још један недостатак одредбе чл. 198, ст. 2 састоји се у томе што не уређује (или то не чини на најбољи начин) извршење обавеза органа који је донео решење посредном принудом. Наиме, замислимо још једном раније описану ситуацију у којој је повереник за информације од јавног значаја наложио давање тражених информација жалиоцу. Само овај пут, уместо великог јавног предузећа, информацију ускраћује орган државне управе – на пример, министарство. Ако применимо одредбу чл. 198, ст. 2 о новчаном кажњавању правног лица, суочићемо се са два проблема. Први, износ казне ће морати да се одреди у односу на правно лице којем орган припада – Републику Србију, тј. цео њен буџет. Други, чак и кад бисмо то урадили или кад би казна била одређена у односу на део буџета предметног министарства, проблем би био у пуком пресипању пара са једне позиције у буџету на другу. Казна би, дакле, била бесмислена.

Како би се то избегло, а опет санкција имала ефекта, могло би да се пропише да се у случају да орган управе (републички, покрајински, локални) не изврши обавезу кажњава старешина органа. Било казном која важи за физичка лица из чл. 198, ст. 2, било на други начин одређеном казном. Као узор може да послужи одредба чл. 75 ЗУС о новчаном кажњавању руководилаца органа који не доставе списе предмета Управном суду.

Члан 199, ст. 1 ЗУП прописује да новчане казне које су изречене према ЗУП извршавају органи надлежни за извршавање новчаних казни изречених за прекршаје. Идентична одредба постојала је и у чл. 272, ст. 1 старог ЗУП.[34] Према чл. 314 Закона о прекршајима[35], новчану казну изречену за прекршај извршава прекршајни суд који их је изрекао, односно суд на чијем подручју је издат прекршајни налог. Чланом 319 истог закона предвиђа се да, по пријему решења о извршењу, принудну наплату новчаних казни са рачуна кажњених лица који се воде код пословних банака спроводи орган за принудну наплату у складу са одредбама закона којим се уређује платни промет. Чланом 48 Закона о платном промету[36] прописује се да принудну наплату врши Народна банка Србије.

Та одредба, која није постојала ни у једној верзији нацрта закона (све су предвиђале надлежност органа надлежних за наплату јавних прихода – Пореске управе и локалних пореских органа), сад-

[34] Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и *Службени гласник РС*, бр. 31/2001 и 30/2010.

[35] Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016.

[36] Закон о платном промету, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009 – др. закон, 31/2011 и 139/2014 – др. закон.

ржи две нелогичности. Прво, она уклања битно својство решења као управних аката – да је реч о непосредно извршивим правним актима. Као акти јавне власти за које постоји оборива претпоставка законитости, управни акти се извршавају без претходног одобрења извршења од других државних органа. Према тој одредби, решења којима се изриче новчана казна не могу да се изврше док то не потврди надлежни прекршајни суд. Друго, за разлику од прекршајног поступка у којем постоји један извршни наслов – одлука прекршајног суда, која се шаље Народној банци Србије за принудну наплату, наплата новчаних казни изречених на основу ЗУП подразумевала би постојање два извршна наслова – решење о новчаној казни издато од надлежног органа управе и одлуку прекршајног суда.

Те нелогичности би се избегле да је одредба гласила да новчане казне изречене према ЗУП извршава орган надлежан за *спровођење* (а не извршење) новчаних казни изречених у прекршајном поступку. Ипак, како би се избегле потешкоће настале, као у овом случају, изменом Закона о прекршајима, боље би било да се изричито пропише орган који ће извршавати новчане казне (примера ради, Народна банка Србије или централни и локални порески органи) или да се надлежност одреди упућивањем на закон којим је уређен платни промет.

8. ЗАКЉУЧАК

Могућност за унапређење сваког прописа увек постоји. Сматрамо да би приликом израде следећег нацрта ЗУП, до које би због немогућности усклађивања посебних закона са ЗУП у законском року (1. јун 2018. године) могло ускоро доћи, требало начинити следеће измене:

1) гарантни акт – чл. 21 – прописати (било упућивањем на одредбе о управном акту, било непосредно) да гарантни акт може да се изврши, то јест да обавезује орган, тек од оног тренутка кад више против њега није могуће изјавити жалбу;
2) гарантни акт – чл. 21 и 158 – управни акт издат сагласно гарантном акту не може се побијати жалбом и/или тужбом Управном суду због тога што у њему није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт, због тога што су прекорачене границе овлашћења при одлучивању по слободној оцени или због тога што није донет сагласно циљу због кога је то овлашћење дато, због нецелисходности (чл. 158, тач 1, 6 и 7). Другим ре-

чима, такав управни акт не би могао да се нападне због материјалноправне незаконитости;

3) странка – чл. 44, 151, 176, 183 и 184 – требало би да се јавном тужиоцу омогући да изјави жалбу и да захтева понављање поступка, поништавање коначног решења и укидање решења, све ради спречавања повреде закона на штету јавног интереса у управном поступку. Алтернативно, требало би образовати посебан државни орган који би штитио законитост у управном поступку;
4) приговор – чл. 147 – требало би предвидети да се у случају незаконитог пропуштања да се предузме управна радња приговор може изјавити након истека тог рока (одложни рок). Ради успостављања симетрије, требало би, као и за жалбу у случају недоношења решења у законом предвиђеном року, прописати и накнадни раскидни рок (чл. 153, ст. 2) у којем странка има право да изјави приговор. Требало би, као и за решење, предвидети општи рок за предузимање управних радњи, који би могао да се мења посебним законом;
5) жалба – чл. 153 – требало би допунити тако да се сматра да је истеком раскидног рока за изјављивање жалбе против ћутања управе поступак обустављен;
6) жалба – чл. 171 – требало би прописати обавезно мериторно поступање другостепених органа по жалби, уз могућност да другостепени орган затражи службену помоћ од првостепеног или другог органа ради допуне поступка и правилног утврђивања чињеница;
7) извршење – чл. 198 – требало би изоставити најнижи износ новчане казне за правна лица;
8) извршење – чл. 199 – требало би прописати да новчане казне изречене према ЗУП извршавају Пореска управа и локални порески органи (за изворне послове) или да се надлежност одреди упућивањем на закон којим је уређен платни промет.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Беговић, Б., *Економска анализа генералне превенције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Begović, B., *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Димитријевић, П., „Реформа управног поступка“, *Владавина права и правна држава у региону* (ур. Г. Марковић), Источно Сарајево 2013. (Dimitrijević, P., „Reforma upravnog postupka“, *Vladavina prava i pravna država u regionu* (ur. G. Marković), Istočno Sarajevo 2013)

Димитријевић, П., „Апорије Закона о општем управном поступку“, *Правни живот* 10/2014. (Dimitrijević, P., „Aporije Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2014)

Fauvarque-Cosson, B., „La confiance légitime et l’estoppel“, *Electronic Journal of Comparative Law* 11(3)/2007, *http://www.ejcl.org*, 12. март 2018.

Gagro, B., „Postupanje po žalbi prema novom Zakonu o općem upravnom postupku“, *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj* (ur. I. Koprić, V. Đulabić), Suvremena javna uprava, Zagreb 2009.

Лилић, С., „Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)“, *Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије* (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (Lilić, S., „Kontroverze u vezi sa novom radnom verzijom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u kontekstu evropskih integracija)“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u upravnom sistemu Srbije* (ur. S. Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)

Лончар, З., „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот* 10/2013. (Lončar, Z., „Neka pitanja reforme upravno-procesnog zakonodavstva“, *Pravni život* 10/2013)

Лончар, З., „О Нацрту Закона о општем управном поступку“, *Правна ријеч* 35/2013. (Lončar, Z., „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ* 35/2013)

Лончар, З., „Промена улоге службеног лица у управном поступку“, *Правна ријеч* 42/2015. (Lončar, Z., „Promena uloge službenog lica u upravnom postupku“, *Pravna riječ* 42/2015)

Лончар, З., „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* 4/2016. (Lončar, Z., „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* 4/2016)

Лончар, З., „Овлашћено службено лице у управном поступку“, *Правни живот* 10/2017. (Lončar, Z., „Ovlašćeno službeno lice u upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2017)

Милков, Д., „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013. (Milkov, D., „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013)

Милков, Д., „О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014. (Milkov, D., „O potrebi usklađivanja srpskog upravnog postupka sa pravom Evropske unije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 68/2014)

Милков, Д., Радошевић, Р., „Неке новине у Закону о општем управном поступку – ‘Управно поступање’“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* 3/2016. (Milkov, D., Radošević, R., „Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – ‘Upravno postupanje’„ *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* 3/2016)

Миловановић, Д., Васиљевић, Д., „У сусрет новим законским решењима у управном поступку РС“, *Развојне тенденције у управном законодавству*, Охрид 2011. (Milovanović, D., Vasiljević, D., „U susret novim zakonskim rešenjima u upravnom postupku RS“, *Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu*, Ohrid 2011)

Миловановић, Д., Цуцић, В., „Унапређење пословног окружења у Србији у светлу нових решења Нацрта закона о општем управном поступку“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Milovanović, D., Cucić, V., „Unapređenje poslovnog okruženja u Srbiji u svetlu novih rešenja Nacrta zakona o opštem upravnom postupku“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. V. Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Миловановић, Д., Цуцић, В., „Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији“, *Правни живот* 10/2015. (Milovanović, D., Cucić, V., „Nova rešenja Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji“, *Pravni život* 10/2015)

Миловановић, Д., „Временско важење Закона о општем управном поступку“, *Правни живот* 10/2017. (Milovanović, D., „Vremensko važenje Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2017)

Миљић, Д., „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* 2/2017. (Miljić, D., „Upravni ugovori prema Zakonu

o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* 2/2017)

Пљакић, Љ., „Управно поступање у новом Закону о општем управном поступку“, *Правни живот* 10/2016. (Pljakić, Lj., „Upravno postupanje u novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2016)

Пљакић, Љ., „Поништавање и укидање решења у управном поступку“, *Правни живот* 10/2017. (Pljakić, Lj., „Poništavanje i ukidanje rešenja u upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2017)

Радошевић, Р., „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку РС“, *Правна ријеч* 46/2016. (Radošević, R., „Pojam upravne stvari i novi Zakon o opštem upravnom postupku RS“, *Pravna riječ* 46/2016)

Томић, З., „Управни уговори“, *Правни живот* 10/2017. (Tomić, Z., „Upravni ugovori“, *Pravni život* 10/2017)

Томић, З., Миловановић, Д., Цуцић, В., *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017. (Tomić, Z., Milovanović, D., Cucić, V., *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Beograd 2017)

Васиљевић, Д., „Концепт ванредних правних средстава по новом Закону о општем управном поступку“, *Правни живот* 10/2016. (Vasiljević, D., „Koncept vanrednih pravnih sredstava po novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2016)

Васиљевић, Д., „Облици управног поступања по новом Закону о општем управном поступку РС“, *Правни живот* 10/2017. (Vasiljević, D., „Oblici upravnog postupanja po novom Zakonu o opštem upravnom postupku RS“, *Pravni život* 10/2017)

Вучетић, Д., „Европска управно-процесна правила и општи управни поступак РС“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014. (Vučetić, D., „Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak RS“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 68/2014)

Vuk Cucić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

FINE TUNING OF THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT

Summary

General Administrative Procedure Act was enacted in 2016 and started to be applied as of June 1, 2017. The new law brought important novelties and significantly altered the concept of its predecessor, which has tradition longer than eight decades. As it suits the law of such prominence and the scope and importance of the novelties, the new General Administrative Procedure Act provoked contrasting reactions in the academic community – from critique to commendations.

The author of the paper (at the same time the one of the authors of the draft law) proposes amendments to the law that could ameliorate the administrative procedure. The author of the paper finds that there is a space for improvement of the provisions concerning the guarantee act, parties, delivery, objection, appeal and enforcement procedure.

Key words: *General Administrative Procedure Act. – Administrative Procedure. – Guarantee Act. – Appeal. – Administrative Enforcement.*

Article history:
Received: 12. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 347.463

CERIF: S136, S144, S151

Др Светислав Ђ. Јанковић*

НЕОГРАНИЧЕНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕВОЗИОЦА

Предмет разматрања представља неограничена одговорност превозиоца у свим гранама саобраћаја, како у превозу робе, тако и путника. Разлог обједињавајућег погледа на неограничену одговорност превозиоца састоји се у истоветности услова за такву одговорност. Он се састоји у неоправдано лошем понашању превозиоца у испуњавању својих обавеза (намерно и крајње непажљиво проузроковање штете). Тек испуњењем тог услова, превозилац (било које саобраћајне гране) губи право да ограничи своју одговорност. Ограничена одговорност превозиоца се претпоставља и најчешће је у свом износу прилично испод вредности предмета превоза. У почецима савременог саобраћаја (20. век), таква одговорност је правдана економском слабошћу превозилаца и техничком неразвијеношћу, али је временом такво стање потпуно промењено, имајући у виду да су превозничке компаније међу најимућнијим, а и да је техника неслућено напредовала. Због тога се закључује да би било праведно да превозиоци претпостављено одговарају до вредности предмета превоза, а да се за штету преко тог износа доказује превозиочева намера или крајња непажња у испуњавању обавеза.

Први део рада је посвећен објашњењу појма неограничене одговорности и објективизацији превозиочеве одговорности као правилности у саобраћајном праву. Затим се разматра правна важност кривице превозиоца, посебно у погледу његове неограничене одговорности и, уопште, као мере његове одговорности. Други део рада је посвећен одређивању круга лица чије се понашање поистовећује са превозиочевим, односно која могу својим намерним или крајње непажљивим штетним радњама да доведу превозиоца у положај да неограничено одговара.

Кључне речи: *Неограничена одговорност превозиоца. – Објективна одговорност. – Намера. – Крајња непажња. – Хималаја клаузула.*

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *jankovic@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Неограничена одговорност превозиоца, у појмовном одређењу, представља одговорност превозиоца за штету без обзира на унапред установљене граничне износе (штета) који се правно уређују у међународним конвенцијама и законима.[1] Прецизније, неограничена одговорност јесте одговорност преко граничног износа штете за који превозилац одговара, односно одговорност до износа стварно претрпљене штете која се у превозу робе поистовећује са тржишном вредношћу робе.[2] У том смислу, за описану одговорност могао би да се користи и израз прекогранична, ивангранична, па и безгранична одговорност, али с обзиром на учесталост и јасноћу у правној књижевности, употребљаваће се и даље израз неограничена одговорност превозиоца. При томе, важно је напоменути да се, употребљавајући тај појам, не жели указати на одговорност превозиоца без икакве мере, него управо супротно, имајући у виду меру тржишне вредности робе (када је превоз робе у питању). Због тога је и неограничена одговорност, у ствари, ограничена, али ограничена на вредност, пре свега превезене робе, а не на неоправдано ниске износе утврђене искључиво у корист превозиоца.

Предмет разматрања је неограничена одговорност превозилаца свих грана саобраћаја, и у превозу робе и у превозу путника. Основни разлог за обједињавајуће изучавање неограничене одговорности превозиоца (у свим гранама саобраћаја), а не упојединавајуће (по појединим гранама), јесте у истом услову настанка такве одговорности. Он је садржан у неоправдавајуће лошем понашању пре-

[1] Детаљније о ограниченој одговорности вид. Nebojša Jovanović, *Transport Law in Serbia*, Kluwer Law International, The Hague 2016, 131 и даље.

[2] Неограничена одговорност се, заправо, може схватити као двозначан појам. Према првом значењу, то би била одговорност за стварно доказани износ штете (ма колико висок био), а према другоме, одговорност за штету до висине вредности предмета превоза. У овом раду ће бити разматрано само друго значење неограничене одговорности, тј. одговорност за штету преко унапред утврђених граничних износа, али до висине вредности робе. И за једно и за друго значење, заједнички је услов за настанак такве одговорности превозиоца, а који се састоји у његовом неоправдано лошем понашању, па се у том смислу та правна установа означава и као превозиочев губитак права на ограничење одговорности. Двозначност појма неограничене одговорности превозиоца настаје као одраз схватања о разлици природног и правног појма штете. Природни појам штете обухвата само вредност оштећене ствари, док се правни појам проширује и на различите правне могућности које остају неостварене услед оштећења те ствари (у превозу конкретно), тј. супротно гледано, које би могле да се остваре да је ствар превезена неоштећена. Вид. Nikoleta Radionov Radenković, „Gubitak prava na ograničenje odgovornosti prijevoznika u cestovnom prijevozu robe s osvrtom na sudsku praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2005, 419 и даље; Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Београд 1979, 86.

возиоца које се састоји у намери или, пак, крајњој непажњи, да се проузрокује штета на предмету превоза.[3] При томе, обједињавајући разлог неограничене одговорности постоји не само у превозу робе, него и људи (путника).[4]

Са друге стране, оправданост обједињавајућег сагледавања неограничене одговорности превозиоца лежи и у савременим погледима на установу ограничене одговорности у саобраћајном праву. Чини се да су се изгубили разлози за погодовање превозилаца, а који су постојали у почецима савременог саобраћаја у првој половини 20. века.[5] Очигледно је да су ризици превоза, уопште саобраћаја, постали знатно мањи и неостварљивији, пре свега захваљујући развоју технике уз чију помоћ се неупоредиво лакше савладавају силе (у атмосфери, води и на копну) које су оптерећивале превозиоца.[6] Такође, финансијска слабост превозничких компанија која је постојала у почецима савременог саобраћаја више не постоји и у већини случајева се преображава у своју супротност, с обзиром на то да превозиоци улазе у ред економски најснажнијих компанија.[7] У том смислу, престаје да постоји бојазан да ће превозиоци бити обесхрабрени да

---

3 У важећим режимима свих грана саобраћаја издваја се и тзв. декларисање пошиљке, односно вредности предмета превоза путем чега се висина превозиочеве обавезе на накнаду штете повећава преко унапред утврђених граница, али уз услов да корисник превоза плати увећану превознину. Небојша Јовановић, *Саобраћајно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 328; John Livermore, *Transport Law in Australia*, Kluwer Law International, The Hague 2017, 179.

4 Предмет овога рада неће бити тзв. неограничене одговорности превозиоца у случајевима када излази из оквира примењивих домаћих и међународних правних режима, попут случаја када се врши превоз без издате превозне исправе (теретнице, товарног листа), бесплатни превоз, приватни превоз.

5 Wharton Poor, „A shipowner's right to limit liability in cases of personal contracts", *Yale Law Journal* 31(5)/1921–1922, 505.

6 Michael Milde, „Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention", *Uniform Law Review* 4/1999, 838.

7 Историјски посматрано, у 19. веку, посебно у англоамеричком подручју, превозилац (енг. *common carrier*) био је објективно и неограничено одговоран и могао се ослободити одговорности једино доказом више силе. Таквим правним режимом он је, заправо, био више осигуравач робе него превозилац, с обзиром на ризике које је на себе преузимао. То је обесхрабривало бављење превозничком делатношћу, па су временом почели да се јављају уступци превозничкој страни у погледу ограничене одговорности као и све већи број случајева (основа) ослобођења одговорности. Временом су уступци превазишли сврху, стварајући нову неравнотежу, али сада на страни корисника превоза. Чини се да се тај ступањ развоја међусобних односа може сматрати погодним за успостављање праведне равнотеже интереса превозилаца и корисника превоза. Вид. Saul Sorkin, „Limited Liability in Multimodal Transport and Effect of Deregulation", *Tulane Maritime Law Journal* 13(2)/1989, 286; Драган Старовић, *Ограничена одговорност међународних ваздушних транспортера за смрт и повреде путника*, Правни факултет у Београду, Београд 1988, 15.

се баве превозничком делатношћу ако би се суочили са неограниченом одговорношћу и тиме већим економским оптерећењем од оног које је предвиђено према важећим правним режимима.[8] На тај начин би се, на праведној основи, успоставила раније пољуљана равнотежа интереса свих учесника у саобраћају, а посебно у односу на кориснике превоза.

2. ОБЈЕКТИВИЗАЦИЈА ПРЕВОЗИОЧЕВЕ ОДГОВОРНОСТИ

2.1. Уопште

Чињенице развоја технике и економског оснаживања субјеката који се баве саобраћајном делатношћу утицале су на правно уређење посла превоза, пре свега на пооштравање основа одговорности. С обзиром на веће ризике пловидбених превоза, првобитно су превозиоци тих грана саобраћаја одговарали субјективно, док су копнени превозиоци били објективно одговорни.[9] Развојем технике ризици у пловидбеним превозима постају мањи, па се, сходно томе, стварају услови за строжу превозиочеву одговорност (попут укидања ослобађајућег дејства наутичке грешке, објективне одговорности ваздушног превозиоца итд.). Међутим, развој технике у области саобраћаја није у потпуности праћен одговарајућим развојем права, што потврђује и даља субјективна одговорност морског превозиоца, те ограничење одговорности испод вредности предмета превоза.[10] Због тога се чини да је потребно изменити правне режиме у правцу објективне и неограничене одговорности свих превозилаца. При томе, неопходно је

[8] У Јапану постоји посебна пословна култура превозилаца која се заснива на идеји о њиховој неограниченој одговорности, према којој се унапред утврђени гранични износи у међународним конвенцијама узимају у обзир као износ испод којег накнада не сме да буде, а не износ до којег превозилац може највише да одговара. Вид. Masao Sekiguchi, „Why Japan was compelled to opt for unlimited liability“, *Annals of Air and Space Law* 20/1995, 344. Занимљив је начин на који су јапански превозиоци себе учинили неограничено одговорним. Наиме, превозилачке компаније су у своје опште услове пословања унели одредбу о неограниченој одговорности оправдавајући такав чин не само конкурентским разлозима, него пре свега разлозима пословне етике и друштвене одговорности. Joseph J. Asselta, Lee S. Kreindler, „The Japanese Initiative: Absolute unlimited liability in international air law“, *Journal of Air Law and Commerce* 60(3)/1995, 820.

[9] Н. Јовановић (2017), 304.

[10] Упркос усвајању и тзв. Хамбуршких (1978. године), али и Ротердамских правила (2008. године), и даље је на снази донекле допуњен текст Бриселске конвенције о теретници (из 1924. године). Вид. Зоран Радовић, „Ротердамска правила“, *Ревија за право осигурања* 2/2010, 59; Si Yuzhou, Henry Hai Li, „The New Structure of the Basis of the Carrier’s Liability under Rotterdam Rules“, *Uniform Law Review* 14(4)/2009, 931.

пружити појашњење израза објективна одговорност превозиоца, како би се схватио њен прав(н)и значај.

2.2. Објективна одговорност

У савременом саобраћајном праву постоје два основна обрасца санкција за неиспуњење превозиочеве обавезе. Први се заснива на претпоставци постојања кривице, а други на претпоставци одговорности.[11] Први се још назива одговорност на основу кривице, а други одговорност без обзира на кривицу или, краће, субјективна и објективна одговорност.

Објективна одговорност превозиоца јесте ситуација у којој се установљава одговорност (заправо, претпоставка) за штету која је проузрокована његовом активношћу. Та активност је просторно и временски одређена чином превоза и установљава се претпоставка одговорности за штету која у том просторно-временском оквиру настаје.[12] Дакле, корисник превоза није условљен доказивањем превозиочеве кривице да би остварио право на накнаду штете.[13] У том смислу се таква превозиочева одговорност одређује као одговорност без обзира на кривицу, тј. као објективна одговорност, јер не настаје зависно од понашања (одговорног) субјекта у питању.[14] Таква тврдња је тачна само у почетном кораку размишљања, ако се узму у обзир најучесталији типови штета у превозу. Чини се да се до такве одговорности и дошло управо индуктивном логичком методом, имајући у виду највећи број случајева штета на предмету превоза. Они се односе, пре свега, на ситуације када се превозиочева одговорност претпоставља ако је штета на роби настала за време превоза, како би се растеретио судско-арбитражни апарат од спорења и доказивања.

Са друге стране, кривица превозиоца је правно важна у случајевима његове неограничене одговорности. Штавише, делује да он тада почиње да одговара на основу кривице, тј. да кривица уста-

[11] Зоран Арсић, „Општи преглед на одговорност транспортера у саобраћајном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 19/1985, 230.

[12] Конвенција о превозу робе друмом – CMR (енг. *Convention on the contract for the international carriage of goods by road*), чл. 17; Конвенција о превозу робе железницом – CIM (енг. *Uniform rules concerning the contract of international carriage of good by rail*), чл. 23; Конвенција о превозу ваздушним путем – MC 99 (енг. *Convention for the unification of certain rulesfor international carriage by air*), чл. 17, 18.

[13] Alexander von Ziegler, „The Liability of the Contracting Carrier“, *Texas International Law Journal* 44(3)/2009, 333.

[14] Непостојање кривице је разлог за некажњавање, али не и за одсуство обавезе на накнаду штете, с обзиром на то да у привредним активностима посебно, свака штета проузрокована нечијом активношћу (привредном), обавезује на накнаду. Ј. Радишић, 41.

новљава његову (неку нову, изнадграничну) одговорност.[15] Темељ места на коме се завршава ограничена и почиње неограничена одговорност превозиоца чини кривица. Исто тако, темељ места на коме већ ограничена одговорност постаје још ограниченија, смањенија, чини такође кривица. Додуше, у том случају то је кривица корисника превоза као допринос штетном догађају и, сходно њој, умањење превозиочеве одговорности.[16] Правна важност кривице у оба случаја се састоји у томе да она није основ, него мера одговорности. Међутим, како се може степеновати, и зависно од величине свога израза, кривица може да испољи такво дејство да квантитет преобрази у квалитет, односно да *мером* утиче на *основ* одговорности. Практично, то се дешава када је кривица корисника потпуни и искључиви разлог штете, па објективно одговорни превозилац уопште не одговара.[17] Тиме се степеном кривице, која је првобитно била само мера одговорности, посредно утиче на основ одговорности, па тако превозилац који је био одговоран независно од кривице бива неодговоран баш услед кривице, додуше, корисника превоза. И, обрнуто, сразмерно велико изражена кривица превозиоца, са друге стране, доводи до његове прекограничне, практично, безграничне одговорности. Управо је суштина утврдити која је то мера кривице која доводи до неограничене одговорности превозиоца спрам унапред утврђених износа, а ипак ограничене до вредности превезене робе, а која до безграничне одговорности до износа сваке доказане штете. Речју, која кривица доводи до обавезе накнаде природне штете, а која до обавезе накнаде правне штете (како је на почетку рада размотрена подела штета)?

3. КРИВИЦА И МЕРА ОДГОВОРНОСТИ

Општеприхваћено је правило уговорног права да се проузроковањем штете дугује њена потпуна накнада, тј. конкретније, да се уништењем ствари дугује таква иста ствар или њена тржишна вредност.[18] Од тога постоје изузеци попут правила саобраћајног права где се, услед ризика саобраћаја и економских слабости првобитних предузетника у превозу, сматрало правичним да превозилац одговара за износ уништене / оштећене ствари у новчаном износу мањем од

[15] Такав правни режим постоји у превозу путника ваздушним путем по Монтреалској конвенцији – МС 99 (чл. 21).

[16] Н. Јовановић (2017), 294.

[17] Jose M. Alcantara, *Transport Law in Spain*, Kluwer Law International, The Hague 2014, 306; МС 99, чл. 20; CIM, чл. 23, ст. 3, тач. с; CMR, чл. 17, ст. 4, тач. с.

[18] Марија Караникић Мирић, „Ограничења одговорности за штету у српском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 245.

њене вредности. Речју, у износу који одговара њему, али не и кориснику превоза. Од тог правила се одступа једино када је превозилац услед кривице, тј. својим неоправдано лошим понашањем проузроковао штету на предмету превоза. Такво правило, такође, проистиче из општег уговорног права према коме су општа и конкретна ограничења и ослобођења уговорне одговорности дозвољена, осим ако је штету изазвао превозилац неким озбиљнијим степеном кривице у понашању (попут намере или крајње непажње).[19] По истом обрасцу постоји правило да намера да се оштети ствар доводи до одговорности штетника и преко износа вредности оштећене ствари, укључујући и тзв. афекциону вредност.

Разматрајући дејство кривице као мере одговорности, уочава се да у уговору о превозу, као и у уговорном односу уопште, виши степен изражене кривице (намере и крајње непажње) представља, заправо, несавесност и непоштење превозиоца приликом испуњавања своје обавезе.[20] Сходно негаторном дејству начела савесности и поштења које је садржано у томе да неко правило, до тада примењиво на уговорни однос, учини непримењивим, може се закључити да превозилац одговара неограничено не зато што је крив, него зато што је неса-

[19] Зла намера све квари (лат. *fraus omnia corrumpit*), вид. Н. Јовановић (2017), 327.

[20] Језички тумачено, чини се да кривица превозиоца треба да буде испољена у току самог превоза, а не пре или после превоза. Међутим, у једном југословенском случају пресуђено је да је превозилац неограничено одговоран иако није испољио намеру, односно крајњу непажњу у превозу, него пре самог превоза, пропуштајући да превезе робу која је уговором била предвиђена за превоз. Наиме, корисник превоза је уговорио са бродаром да му превезе одређене музејске поставке за изложбу која је требало да се одржи у месту одредишта врло брзо по предвиђеном завршетку пловидбеног подухвата. Очекујући своју робу у луци одредишта, корисник превоза је схватио да његове музејске поставке уопште нису биле укрцане на брод, иако је бродар уредно издао теретницу потврдивши тиме да их је примио на превоз. Услед близине рока одржавања изложбе, корисник је одлучио да један део музејских поставки превезе ваздушним превозом, а други (већи, гломазнији) део друмски превозом. Након успешно одржане изложбе, корисник превоза је покренуо поступак ради обештећења (а у висини накнадно плаћених превознина друмском и ваздушном превозиоцу) против бродара који је тврдио да није дужан да му надокнади штету изнад граница његове одговорности. Штавише, претходно је сматрао да дугује штету само услед закашњења (био је спреман да пошаље робу другим бродом ту робу), с обзиром на то да се његов скривљени пропуст и није догодио у току превоза, него раније, пропуштањем да укрца робу. Југословенски суд је, на крају, досудио тражену накнаду кориснику превоза, одредивши да је бродар „скоро па намерно“ проузроковао штету кориснику, а ако такво понашање не би могло да се протумачи као намерно, онда би сигурно било крајње непажљиво, а то је имало истоветан правни учинак. Детаљније вид. Mišo Mudrić, „Recklessly and with knowledge that damage would probably result: The interpretation of term before the Croatian courts“, *CMI Yearbook* 2014, 391, *http://comitemaritime.org/Uploads/Yearbooks/CMI_Yearbook_2014.pdf*, 16. март 2018.

вестан.[21] Превозилац неће моћи да се користи правилом ограничене одговорности, јер је несавесним понашањем приликом испуњавања својих обавеза довео до, у конкретном случају, „укидања" дејства правила о ограниченој одговорности.[22] Тиме се, заправо, „враћа" на почетак правне равнотеже са корисником према којој постоји чист, ограничењем одговорности „неокићен", однос у коме дугује накнаду предвидљиве штете као било који други уговорник. Дакле, да би се успоставила равнотежа у односу превозиоца и корисника превоза, неопходно је да постоји несавесно понашање превозиоца. У супротном, да оно не постоји, превозилац је повлашћен и одговара ограничено, па и не одговара ако се докаже, са друге стране, кривица корисника превоза.

Такво, неоправдано, погодовање превозиоца било је уступак зарад охрабривања бављења том, за привреду, важном делатношћу у време недовољно развијене технике и економске слабости тадашњих „пионирских" превозилаца. Савремени услови су потпуно другачији. Превозиоци су економски снажни, а техника је неслућено развијена. Због тога се чини да не постоје оправдани разлози да правило о ограниченој одговорности превозиоца настави своје постојање, тј. своју важност.

Са друге стране, правило о кривици као о мери превозиочеве одговорности, делује непримењивим у своме постојању, тј. примени. Наиме, да би се превозилац учинио неограничено одговорним, неопходно је да корисник превоза докаже његову кривицу, његову несавесност у испуњавању обавеза из уговора о превозу. Кориснику превоза је то изузетно тешко, јер би морао да докаже такво понашање лица која представљају превозиоца на превозном средству, односно уопште у превозном подухвату. С обзиром на то да није непосредно у вези са превозним подухватом и превозним средством, него у највећем броју случајева чека да му се ствар превезе, кориснику превоза је, чини се, практично немогуће да докаже неоправдано лоше поступање превозника. У том смислу, постоји доказна асиметрија информација које су правно важне за решавање

---

[21] Начело савесности и поштења општеприхваћено је у континенталном праву, али и у систему општег права, тј. њему се приступа једнообразно, што је изузетно важно за саобраћајно право, чија су правила већином општеприхваћена на међународном нивоу, а зарад олакшања обављања превозничке делатности као неопходне за привреду као такву. Драгољуб Д. Стојановић, Оливер Б. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 12; Небојша Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд 2015, 52; Karl Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrecht*, Walter de Gruzter, Berlin 2003, 398.

[22] Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer, *Staub Handelsgesetzbuch – großkommentar*, De Gruyter, Berlin 2017, 35.

односа корисника и превоза.[23] Та неравнотежа информација постоји у корист превозиоца, јер је он непосредно везан за превознички процес. Због тога, делује праведније да због те фактичке предности у поседовању информација важних за превоз, превозилац буде тај који треба да доказује кривицу, тј. непостојање кривице које му иде у прилог. Укратко, чини се да претпоставка и најтежих облика кривице на терет превозиоца доводи до уравнотежења односа са корисником, с обзиром на стварну немогућност потоњег да до краја дозна све појединости конкретног превоза. Таква претпоставка не отежава знатно превозиочев положај, јер је њему много лакше да докаже своје понашање, насупрот важећим правилима према којима корисник превоза треба да докаже туђе (превозиочево) понашање. Према томе, када би постојало такво правило (за све врсте превоза) превозилац би, по правилу, био неограничено одговоран, осим ако би доказао да није било намере ни грубе непажње при превозу.[24] Међутим, делује да би претпоставком безграничне одговорности превозилац, ипак, био превише оптерећен, па се чини сврсисходнијим да се претпостави само одговорност до новчаног износа тржишне вредности предмета превоза. При томе, та (прецизније „толика“) одговорност би била независна од превозиочеве кривице, а ако би корисник превоза успео да докаже да је превозилац намерно или крајње непажљиво проузроковао штету, онда би превозилац одговарао безгранично, тј. до висине сваке доказане штете. Дакле, у првом случају превозилац би одговарао до висине вредности превезене ствари, а у другом преко тог износа.

---

[23] О појму асиметрије информација детаљније вид. Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 393 и даље.

[24] Претпоставка неограничене одговорности превозиоца постојала је у ранијем југословенском копненом превозу, у коме је превозилац одговарао претпостављено неограничено, осим ако би доказао непостојање намере и крајње непажње. Ivo Grabovac, „Neograničena odgovornost kopnenog prijevoznika u slučaju kvalificirane krivnje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* XIII/1976, 25. Са друге стране, у немачком праву је, као и у важећем српском, прихваћена, иначе владајућа, претпоставка да је корисник превоза дужан да докаже намеру или крајњу непажњу превозиоца како би га учинио неограничено одговорним (лат. *Actor incubit probatio*, нем. *Die Beweislast liegt beim Anspruchsteller*). Међутим, за разлику од српског, у немачком праву је превозилац у случају штетног исхода дужан да пружи детаљне податке о превозном подухвату како би се на основу тога могло извесно утврдити јесте ли или није проузроковао штету намерно или крајње непажљиво. Thomas Wieske, *Transportrecht*, Springer, Heidelberg 2003, 83.

4. „МЕРЕЊЕ“ КРИВИЦЕ И ШТЕТЕ

4.1. Намера и крајња непажња

Ако се установи претпоставка одговорности превозиоца до висине вредности предмета превоза, онда се такав режим може учинити истоветним са установом декларације пошиљке, тј. навођења вредности предмета робе при закључивању уговора о превозу. Тиме се чини јасним правни однос између превозиоца и корисника у погледу висине одговорности.[25] Међутим, ако такво правило не постоји, кориснику превоза је неопходно да докаже неки од виших степена кривице превозиоца како би добио потпуну одштету. Тиме се суочава не само са, већ поменутим, проблемом тежине доказивања превозиочеве кривице, већ и са стремљењем да превозиочеву кривицу прикаже као намерно или крајње непажљиво понашање, јер га једино оно чини неограничено одговорним. Управо, „мерење“ кривице између оне која лишава превозиоца права на ограничену одговорност и оне која му, упркос свом постојању, ипак омогућава такву одговорност представља основни проблем приликом одређивања висине одговорности.

Уопштено посматрано, у свим гранама превоза намера и крајња непажња превозиоца доводе до неограничене одговорности. Насупрот томе, сви остали облици кривице, попут обичне непажње, нису предуслов овакве одговорности. Намера, као таква, потпуно је неспорна као разлог лишења права на ограничење одговорности, јер представља најгрубљи вид непостојања превозиочеве жеље да испу-

---

[25] Од правила о висини одговорности спрам предмета превоза могућа су одступања у оба смера. Наиме, сасвим је оправдано у конкретном уговору о превозу правило којим се превозилац ослобађа одговорности за штету у свим случајевима, осим ако ју је намерно проузроковао, а под условом да корисник плаћа мању превознину. Супротно, оправдано је и „појачати“ одговорност превозиоца уговарањем клаузуле уредне испоруке, уз већу превознину, чијом применом ће превозилац одговарати за сву доказану штету (не само до износа вредности предмета превоза, него и више, што је разлика у односу на установу декларације пошиљке). Такво појачавање одговорности је, иначе, својствено у уговорима о трговинским услугама у којима се уговара одредба *star del credere*. Вид. Duygy Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, Springer, Hamburg 2011, 30 и даље; Мирко Васиљевић, *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Научна књига, Београд 1987, 55; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 103, 108, 122, 167. Слично дејство као клаузула уредне испоруке може да има и декларисање вредности пошиљке изнад њене тржишне (стварне) вредности, чиме се превазилази износ из класичне декларације пошиљке. У том погледу, превозилац би могао да личи на осигуравача из надосигурања (што је, иначе, недозвољено), али би корисник превоза добијао, ипак, накнаду само за доказану штету (дакле, осим стварне и сву даљу штету). Вид. George F. Chandler, „Damages to Cargo: The Measure of Damages to Cargo – Redux“, *Tulane Law Review* 72/1997, 555.

ни своје уговором преузете обавезе. Међутим, случајеви чисте, класичне, намере у пракси нису чести.[26] Врло ретко се догађа да пилот ваздухоплова, у коме су путници, управља тако да намерно изазове удар у планину или судар са другим ваздухопловом.[27] Са друге стране, тешко је разликовати намеру од крајње непажње у случајевима у којима, примера ради, возач аутобуса са децом – путницима управља са више од два промила алкохола у крви. Јасно је да он не жели смрт деце као непосредну последицу незгоде изазване услед пијанства, али је неспорно и његово крајње непримерено понашање.[28] Због тога се и на међународном и на националном плану у свим гранама

[26] У једном, не тако давном, случају у Канади догодило се да је рибар презезао подводни кабл у који се упетљала рибарска мрежа, притом не дајући велики значај сврси и употребљивости кабла. Том приликом, рибар је користио мапу за пловидбу која је стара више од 20 година и у њој није било ознаке кабла. Са једне стране, оштећени корисник кабла је сматрао да је рибар свесно и намерно презезао кабл, док је сам рибар сматрао да његове кривице нема ни у једном степену (осим можда у обичној непажњи, а која га не чини неограничено одговорним), јер он спрам пловне мапе коју је поседовао никако није могао да зна да се у том делу морског дна налази кабл. Кључно за суд да се определи да ли је рибар са намером или непажњом (крајњом или обичном) презезао кабл било је мерило да ли је он морао да зна савремене мапе или не. Првостепени и другостепени суд су утврдили да је рибар намерно презезао кабл и, сходно томе, изгубио право на ограничење одговорности, док је Врховни суд утврдио он не треба неограничено да одговара, јер приликом резања кабла није испуњен субјективни предуслов за намеру, с обзиром на то да је веровао да поменути подводни кабл није у употреби. У том смислу, став Врховног суда је донекле чудан, с обзиром на то да делује да, према његовом мишљењу, учесник у пловидби није дужан да осавремењује своја знања у области пловидбе. Детаљније о решењу и образложењу овог случаја вид. Mišo Mudrić, „Gubitak prava na ograničenje odgovornosti i gubitak prava na osigurateljno pokriće“, *Poredbeno pomorsko pravo* 53(168)/2014, 217 и даље.

[27] И када се догоде, такви случајеви изазивају велику пажњу јавности, па превозничке компаније у жељи да појачају своју конкурентност и, барем мало, скину са себе део кривице, бивају спремне да накнаде целокупну штету и пре почетка судског поступка. Случај класичне намере је неспорно постојао у саобраћајној незгоди у којој је у марту 2015. године ваздухоплов Луфтханзине ћерке компаније ударио у француске Алпе и као последицу изазвао смрт свих путника и посаде. До незгоде је дошло услед самоубилачког чина копилота ваздухоплова који је, у једном тренутку, оставши сам у кабини, онемогућио пилота да се врати за командно место и, оглушујући се на упозорења контроле лета, потпуно свесно и смирено управио ваздухоплов ка планини и, коначно, чекао удар у њу. Правна последица те незгоде је и измењено правило техничко-безбедносне природе према коме пилот не сме сам да остане за командним местом. Детаљније о још неким незгодама које су проузроковане искључиво намерном радњом пилота вид. Ruwantissa Abeyratne, „The ICAO high level safety conference – protection and dissemination of safety information“, *Zeitschrift für Luft– und Weltraumrecht* 3/2015, 471 и даље.

[28] Кривичноправно посматрано, његово понашање би се могло одредити и као неспорно намерно имајући у виду установу скривљене неурачунљивости (лат. *actiones liberae in causa*). Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2005, 184.

превоза правни значај крајње непажње изједначава са намером (лат. *culpa lata dolo aequiparatur*).[29] Чини се прикладним сликовити опис разлике између намере и крајње непажње као разлике дана и ноћи, прецизније, границе дана и ноћи, јер тамо где почиње дан завршава се ноћ и обратно. Иако је разлика јасна, проблем заправо представља сумрак, тј. почетак свањавања и смркавања који се не може сматрати ни даном ни ноћи. Због тежине одређивања да ли је таква појава ближа дану или ноћи, прихватљиво ју је изједначити било са даном или са ноћи, исто као што је прихватљиво изједначити крајњу непажњу са намером, барем у правном учинку, ако не у појмовном одређењу.[30] У самим правилима о губитку права на ограничење одговорности, намера и крајња непажња се појмовно не одређују, него се у појединим правним изворима само описују, попут тога да се крајњом непажњом сматра немарно понашање превозиоца (без бриге за интересе корисника превоза) са свешћу да ће штетна последица вероватно наступити услед таквог понашања.[31]

4.2. Обична непажња

Са друге стране, посебно велики проблем ствара разликовање крајње и обичне непажње. Разликовање та два степена непажње веома је значајно за превозиоца, јер га обична непажња не лишава права на ограничену одговорност, док крајња непажња има такав учинак. Разлика некада може да буде и врло мала, али правна последица једне у односу на другу непажњу је значајно различита. Идући за тиме да се унапред одреди правни појам крајње непажње и постави као правило, не би се решио уочени проблем, посебно имајући у виду граничне случајеве непажње превозиоца, када се не може са сигурношћу одлучити да ли је конкретно понашање ближе крајњој или обичној непажњи.[32] Такви гранични случајеви нису ретки, чак, напротив, преовладавају у судској пракси изазивајући недоумице и тако утичу на правну сигурност. Примера ради, остављање закључаног камиона са робом на граничном прелазу како би се обавило цариђење према једном становишту јесте крајња непажња, док

[29] Постојали су, додуше, правни режими који су разликовали правни значај намере и крајње непажње какав је био у копненом превозу у југословенском праву друге половине 20. века, али и у железничком праву Француске и Италије. Према таквим правним режимима, само је намерно проузроковање штете водило ка безграничној одговорности, али не и крајње непажљиво, које је водило до највише двоструких износа ограничене одговорности. М. Васиљевић (1987), 59.

[30] Ј. Радишић, 62.

[31] Duygu Damar, „Breaking the Liability Limits in Multimodal Transport“, *Tulane Maritime Law Journal* 36(2)/2012, 660 и даље.

[32] Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 502.

је према другом (у другој држави) само обична. Такође, није јасно какву непажњу представља крађа рачунарске опреме која се налазила у запечаћеном контејнеру у камионској приколици док је возач спавао у камиону довезеном на јавно паркиралиште. Истоветно питање се може поставити и приликом крађе целог камиона који је возач паркирао на бензинској пумпи, како би се одморио у ручао у оближњем угоститељском објекту.[33] Такви и слични случајеви посебно су подобни за тзв. *probatio diabolica* економски снажније стране која уз правну помоћ вештих правних заступника најчешће продужава ток судских поступака тежећи да докаже оно што јој иде у прилог. Неретко се дешава да се превозилачке компаније као носиоци права и обавеза из уговора о превозу одричу радњи управљача возила као својих (сопствених), тврдећи да није било могуће да се утиче на понашање возача (пилота, машиновође, заповедника брода, зависно од превозног средства) или, пак, да он није поступао по већ датим упутствима у превозу. Због тога је и неопходно утврдити докле се протеже превозиочев субјективитет, тј. за која све лица којима се служи у превозу он одговара.

5. ОБУХВАТ СУБЈЕКАТА ЧИЈЕ ПОНАШАЊЕ ВОДИ ГУБИТКУ ПРАВА НА ОГРАНИЧЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ

5.1. Уопште

Основно правило да превозилац губи право на ограничење своје одговорности ако се недопуштено понашао (намерно или крајње непажљиво проузроковао штету на роби) постаје нејасно када се узме у обзир обухват лица чија се понашања могу поистоветити са превозиочевим, односно чијим недопуштеним понашањем би превозилац неограничено одговарао. Наиме, иако је основ (разлог) неограничене одговорности превозиоца сличан, ако не и истоветан у свим гранама превоза, а састоји се у већ споменутој намери и са њом изједначеним психичким ставом да се проузрокује штета на предмету превоза, ипак постоје разлике у кругу лица која својим понашањем могу довести превозиоца до неограничене одговорности.

Према пловидбеним правним режимима превоза, превозилац (бродар) ће бити лишен права на ограничену одговорност ако би само он намерно проузроковао штету на роби, а не и његови службеници.[34] Супротно је по правним режимима копненог (друмског и

[33] N. Radionov Radenković, 438–439.

[34] Хашко-висбијска правила (енг. *The Hague rules as amended by the Brussels Protocol 1968*), чл. 4, ст. 5, тач. е; Хамбуршка правила (енг. *United Nations Convention on the carriage of goods by Sea*), чл. 8, ст. 1; Ротердамска правила (енг. *Convention of*

железничког) и ваздухопловног превоза.[35] Према њима, превозилац губи право на ограничену одговорност не само када је он, лично, намерно проузроковао штету на предмету превоза, него када је то учинио и неко од његових службеника, тј. неко од лица којима се служио приликом извршења своје обавезе из уговора о превозу.

Упоредо посматрајући пловидбени и копнено-ваздушни правни режим може се закључити да је услед посебности пловидбе као такве, установљено правило да само превозилац (бродар) може сам себе, самосталним поступком лишити ограничене одговорности, а не и лица којима се служи при превозу.[36] Та посебност пловидбе је посебно изражена у чињеници физичке удаљености бродара и лица којима се служи при превозу, која, фактички, тај превоз и обављају, као што су, пре свега, капетан (заповедник брода) и посада, али и друга лица, попут, маонара. Услед те удаљености, бродар из свога пословног седишта није у стању да непосредно утиче на лица која су превозном средству, али и предмету превоза најближа, па због тога и не треба њихове радње приписивати њему. Но, да ли је то заиста тако?

5.2. Грешке у пловидби

Овај и слични разлози постојали су на почетку 20. века, када је наутичка грешка била неспорна као разлог за бродарево ослобођење од одговорности, услед његове немогућности (пре свега физичке, али и комуникацијске) да изврши контролу над лицима на броду. Међутим, постепеним развојем технике, посебно у области електронике и навигације, разлози за постојање наутичке грешке престали су да постоје, с обзиром на то да је бродару из његовог пословног седишта постало могуће да непосредно прати, да даје упутства и, уопште, да контролише своје службенике који су на броду. То је са

contracts for the international carrying of goods wholly or partly by sea), чл. 61, ст. 1; Будимпештанска правила (енг. *Budapest Convention on the contract for the carriage of goods by inland waterway* – CMNI), чл. 21. Упор. Закон о трговачком бродарству – ЗТБ, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015, чл. 170, ст. 1, чл. 371, ст. 1, чл. 441.

[35] CMR, чл. 29; CIM, чл. 36 (за објашњење вид. D. Damar (2012), 675); MC 99, чл. 21, ст. 2, чл. 22, ст. 5. Потребно је истаћи да авио-превозилац не може да буде неограничено одговоран за робу коју превози, што је уступак његовој каузалној одговорности, док за путнике, пртљаг и закашњење може. Вид. Bin Cheng, „A New Era in the Law of International Carriage by Air: from Warsaw (1929) to Montreal (1999)“, *International and Comparative Law Quartely* 4/2004, 848.

[36] Занимљивим се чини решење грчког права по коме ако је бродар компанија (привредно друштво), само радње и пропуштања директора могу водити ка неограниченој одговорности, а не и посаде и заповедника брода. Вид. Marel Katsivela, „Ocean carrier's loss of liability limitation – interpretation of Article IV.5(e) of the Hague-Visby Rules in French, Greek, Italian and German Law“, *Journal of International Maritime Law* 18/2012, 26.

правне стране прихваћено у савременијим правним режимима као што су Хамбуршка и Ротердамска конвенција. Са друге стране, наутичка грешка је ослобађала бродара одговорности само за штете на предмету превоза које су настале услед грешке у руковођењу бродом, али не и у руковању предметом превоза, што представља тзв. трговачку грешку чијим се постојањем бродар не ослобађа одговорности.[37] Дакле, и у ранијим правним режимима, са почетка и средине 20. века, постојање трговачке грешке није чинило повољнијим правни положај бродара. Зато и чуди зашто радње службеника бродара, у вези са руковањем предметом превоза, не могу да утичу на (не)ограниченост одговорности као што то могу његове сопствене. Ако би се могло сматрати да наутичка грешка ослобађа одговорности због опасности, и уопште, неизвесности пловидбе, услед немоћи бродара да непосредно утиче на посаду брода, чини се неоправданим да се бродар не чини неограничено одговорним у случајевима намерне трговачке грешке. Основни разлог за такав став је у томе што су службеници бродара, у погледу предмета превоза, нека врста пуномоћника по запослењу, односно да у контакту са предметом превоза они, заправо, изражавају вољу и правну личност (субјективитет) самог бродара и да се његов психички однос испољава преко њих који су му *alter ego*, па и сам *ego*.[38]

Са друге стране, судска пракса (али и важећа међународна и домаћа правила) није на таквом становишту. Према одлукама из кључних случајева за то питање, превозилац се чинио неограничено одговорним само ако би он „лично“ намерно проузроковао штету на предмету превоза, а не и неко од његових службеника. Сматра се да је намера и са њом изједначена непажња бродаревог службеника недовољна да га лиши права на ограничену одговорност, осим ако би могла да се припише самом бродару.[39]

Доследно примењујући то правило, практично би било скоро немогуће бродара учинити неограничено одговорним, јер су ретке ситуације у којима он може да испољи своју вољу која може да има непосредан утицај на пловидбени подухват који је у току. Примера ради, то би могао да буде случај да бродар из свог пословног седиш-

[37] Детаљније о наутичкој грешци вид. Небојша Јовановић, „Наутичка (навигациона) грешка као разлог искључења превозиочеве одговорности за штету“, *Привредноправни приручник* 7–8/1992, 87 и даље.

[38] Н. Јовановић (2017), 104.

[39] Тако је у једном случају пресуђено да је знање заменика заповедника брода да су контејнери на броду лошим везом причвршћени и да ће се сасвим извесно одвезати и неконтролисано кретати на палуби (штавише, он је могао из искуства да предвиди и у ком тренутку ће се то догодити), недовољно да се припише понашању самог бродара и самим тим га учини неограничено одговорним. D. Damar (2012), 665 и даље.

та путем савремених средстава везе са намером да проузрокује штету на роби нареди заповеднику брода да иде обилазним путем до одредишта чиме би продужио време превоза а то би утицало на кварење одређене робе. Супротно, када би заповедник брода у истоветној ситуацији одлучио на исти начин и ако би се због тога роба покварила, бродар не би изгубио право на ограничену одговорност.

У немачкој судској пракси постоји схватање да се намера (тј. кривица) бродара да проузрокује штету на предмету превоза не просуђује према тренутку када је до фактичког оштећења дошло, него у тренутку раније, пре отпочињања пловидбеног подухвата. До таквог схватања се дошло из разлога што важећи пловидбени режим не предвиђа да бродар постаје неограничено одговоран ако су штету намерно проузроковали његови службеници за време превоза. Због тога ће се сматрати да је бродар намерно проузроковао штету ако пре отпочињања пловидбеног подухвата није адекватно припремио брод и посаду за пловидбу, односно извршио све оне радње које су нужне како би пловидбени подухват био успешан.[40] Но, такво понашање бродара је веома тешко доказати јер се његова основна обавеза, да оспособи брод за пловидбу (енг. *seaworthiness*), проверава пре отпочињања пловидбе, односно тек установљењем њеног испуњења брод отпочиње пловидбу, а штета на предмету превоза настаје доцније. Зато се дошло до схватања да намера бродара да проузрокује штету постоји када се исти или сличан тип штете на предмету превоза унеколико понавља. Тек учесталим, поновљеним настанком истих врста штета, може се посумњати и доцније доказати намера да се она проузрокује.[41]

5.3. Осврт на Хималаја клаузулу

Хималаја клаузула је настала у пословној пракси као реакција на неповољан положај лица која су непосредно утицала на пловидбу извршавајући налоге бродара. Та лица (заповедник брода, посада) нису имала права на основе ослобођења и ограничења одговорности која је, иначе, имао бродар, те су била у неоправдано лошијем положају иако су, као и бродар (заправо у име бродара) учествовала у истом пловидбеном подухвату.[42] Након случаја у коме су поводом

[40] У питању је стандард неодговарајуће организације превоза (нем. *Organisations-Verschulden*; енг. *inadequate organizational structure*). Детаљније вид. Ingo Koller, „Die Leichtfertigkeit im deutschen Transportrecht, Eine Untersuchung zu den Schadenverhütungspflichten im Transport und Werkvertragsrecht“, *Versicherungrecht* 2004, 1346–1360.

[41] D. Damar (2012), 679.

[42] Истина, она јесу учествовала у пловидбеном подухвату, али нису биле уговорнице уговора о превозу који је правни извор конкретног пловидбеног подухвата.

брода „Хималаји" осуђени на обавезу накнаде штете посада и заповедник брода, али не и бродар, створен је пословни контрапреседан да се у будуће издатим теретницама као лица која имају исти правни режим одговорности као бродар наводе и заповедник и посада брода.[43] Прецизније речено, на основу те клаузуле, која у то време добија и свој конвенцијски – законодавни облик, службеници и заступници бродара ће имати иста права на ограничење и ослобођење одговорности као и он. И супротно, они ће као и бродар бити подвргнути неограниченој одговорности ако су намерно проузроковали штету на предмету превоза.

Међутим, савремени проблем представља правило да се бродар неће подвргнути неограниченој одговорности ако су штету намерно проузроковали његови службеници на броду, а који ће, због тога бити неограничено одговорни. Тиме се, у ствари, излази из правног оквира Хималаја клаузуле, јер се бродар, као и у времену пре установљења те клаузуле, повлашћује науштрб његових службеника. Истовремено се улази у парадокс да се бродар може учинити неограничено одговорним искључиво његовом намером, а не намером његових службеника који, заправо испољавају његове интересе на броду. Са друге стране, ти службеници имају права на иста ограничења одговорности као и бродар, али не и у случају када намерно проузрокују штету на предмету превоза. Они ће тада одговарати неограничено, за разлику од бродара који ће моћи да ограничи своју одговорност, иако су они штету проузроковали рукујући робом у оквиру својих дужности према бродару, а у вези са пловидбом.

Такво схватање је у супротности са општим правилом да правно лице одговара за радње својих органа, односно да послодавац одговара за радње својих запослених ако су их учинили у оквиру својих дужности према послодавцу, односно правном лицу.[44] Управо такав правни несклад постоји и у српском праву у коме су посебне норме пловидбеног права (у погледу нечињења неограничено одговорним бродара ако су његови службеници намерно проузроковали штету) у супротности са општим правним режимом према коме правно лице одговара за радње својих органа (запослених, заступника), ако су их они предузели у оквиру или у вези са делатношћу тог правног лица.[45] Иако би у таквом „сукобу закона" предност требало дати посебном

William Tetley, „The Himalaya Clause – Heresy or Genius", *Journal of Maritime Law and Commerce* 1/1977, 111.

43 Детаљније о случају и правном епилогу вид. Н. Јовановић (2017), 334.

44 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 172.

45 Упор. ЗТБ, чл. 170, ст. 1, чл. 371, ст. 1, чл. 441 и ЗОО, чл. 172.

закону (лат. *lex specialis derogat legi generalis*), чини се прикладним сматрати да би превозилац (бродар) требало да одговара неограничено када тако одговарају и његови службеници (заповедник и посада). Објашњење таквог става се састоји у томе што, ако би се доследно посматрало, таква одговорност превозиоца не би могла да буде одговорност за радње других (посаде и заповедника) него, заправо, одговорност за сопствене радње. То је због тога што је он правно лице, а његова воља (а тиме и кривица, намера) јесте воља његових службеника на путу, тј. пловидби где имају непосредан утицај на пловидбу и предмет превоза.[46] Речју, нема воље правног лица до воље његових службеника.[47] Због тога се намеће закључак да би превозилац требало да одговара неограничено увек када су се испунили разлози за неограничену одговорност, а према понашању његових службеника.

6. ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду тежину долажења до неограничене одговорности превозиоца, пре свега, због неопходности да корисник превоза докаже скривљено понашање превозиоца (што му је нарочито тешко због доказне асиметрије информација), чини се да је неминован закључак да је такав правни режим у будућности неприкладан. Он је неприкладан посебно ако се и даље поима да право за своју основну сврху има служење правди. Зато се чини смисленим, али и праведним, да се установи претпоставка одговорности превозиоца до висине вредности превезене робе, а ако превозилац сматра да он не треба да одговара до тог износа, пружена би му била могућност да то и докаже. Превозиоцу је то лакше, него кориснику, јер је у непосредном додиру са превозним средством и предметом превоза. Са друге стране, ако корисник превоза сматра да је превозилац намерно или крајње непажљиво проузроковао штету, онда би он био дужан да то и докаже а што би у крајњем исходу довело до неограничене, практично безграничне, одговорности превозиоца (дакле, и преко вредности предмета превоза).

[46] Правило о одговорности превозиоца за радње лица којима се служи приликом превоза је постојало чак и у Српском грађанском законику, иако у време када је донесен није било могуће извршити било какав утицај на лица којима се служио при превозу, с обзиром на његову физичку удаљеност од процеса превоза. Управо таква удаљеност превозиоца и његових помоћника је и довела до установљења правила о наутичкој грешци, али и њеног обесмишљавања када је таква удаљеност услед савремених телекомуникационих веза престала да постоји. Вид. Грађански законик за Кнежевину Србију, чл. 812.

[47] Марко Ђурђевић, „Одговорност привредног друштва за штету коју проузрокује његов орган и запослени“, *Право и привреда* 5–8/2006, 138.

У погледу превоза путника за које, у суштини, важи истоветан правни режим, требало би прихватити идеју о неограниченој одговорности превозиоца за случај повреда и смрти путника, и то не само из разлога алтруистичког поимања да човек као такав нема цену, него пре свега из разлога пословне етике. Такав став је нарочито оправдан ако се има у виду да су превозилачке компаније постале међу економски најснажнијим субјектима у области услуга и да се техника у саобраћају непрестано развија, што неминовно води ка већој безбедности у превозу. Управо економска ојачалост превозничких компанија указује на њихову обавезу да прате и усклађују се са развијеном техником и тако доприносе сигурности одвијања саобраћаја. Међутим, с обзиром на склоност превозилаца да тек закаснело прате технички развој (за шта имају све предуслове, посебно економске), чини се да би се усвајањем правила о неограниченој одговорности они принудили, на један правни, елегантан начин, да се увек усклађују са савременим техничким достигнућима. Таква техничка усклађеност би у крајњем исходу знатно допринела сигурности саобраћаја и квалитету пружене превозничке услуге јер би превозилац, и на нивоу ситнособственичке, предузетничке свести, избегавао случајеве незгода и неквалитетног испуњавања своје обавезе уопште, јер би то водило његовој неограниченој одговорности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Abeyratne, R., „The ICAO high level safety conference – protection and dissemination of safety information“, *Zeitschrift für Luft– und Weltraumrecht* 3/2015.

Alcantara, J. M., *Transport Law in Spain*, Kluwer Law International, The Hague 2014.

Арсић, З., „Општи преглед на одговорност транспортера у сообраћајном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 19/1985. (Arsić, Z., „Opšti pregled na odgovornost transportera u saobraćajnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 19/1985)

Asselta, J. J., Kreindler, L. S., „The Japanese Initiative: Absolute unlimited liability in international air law“, *Journal of Air Law and Commerce* 60(3)/1995.

Canaris, C. W., Habersack, M., Schäfer, C., *Staub Handelsgesetzbuch – großkommentar*, De Gruyter, Berlin 2017.

Chandler, G. F., „Damages to Cargo: The Measure of Damages to Cargo – Redux“, *Tulane Law Review* 72/1997.

Cheng, B., „A New Era in the Law of International Carriage by Air: from Warsaw (1929) to Montreal (1999)“, *International and Comparative Law Quartely* 4/2004.

Damar, D., *Wilful Misconduct in International Transport Law*, Springer, Hamburg 2011.

Damar, D., „Breaking the Liability Limits in Multimodal Transport“, *Tulane Maritime Law Journal* 36(2)/2012.

Ђурђевић, М., „Одговорност привредног друштва за штету коју проузрокује његов орган и запослени“, *Право и привреда* 5–8/2006. (Đurđević, M., „Odgovornost privrednog društva za štetu koju prouzrokuje njegov organ i zaposleni“, *Pravo i privreda* 5–8/2006)

Grabovac, I., „Neograničena odgovornost kopnenog prijevoznika u slučaju kvalificirane krivnje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* XIII/1976.

Јовановић, Н., „Наутичка (навигациона) грешка као разлог искључења превозиочеве одговорности за штету“, *Привреднoправни приручник* 7–8/1992. (Jovanović, N., „Nautička (navigaciona) greška kao razlog isključenja prevoziočeve odgovornosti za štetu“, *Privrednopravni priručnik* 7–8/1992)

Јовановић, Н., *Увод у Common Law уговорно право*, Београд 2015. (Jovanović, N., *Uvod u Common Law ugovorno pravo*, Beograd 2015)

Jovanović, N., *Transport Law in Serbia*, Kluwer Law International, The Hague 2016.

Јовановић, Н., *Саобраћајно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017. (Jovanović, N., *Saobraćajno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Караникић Мирић, М., „Ограничења одговорности за штету у српском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012. (Karanikić Mirić, M., „Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012)

Katsivela, M., „Ocean carrier’s loss of liability limitation – interpretation of Article IV.5(e) of the Hague-Visby Rules in French, Greek, Italian and German Law“, *Journal of International Maritime Law* 18/2012.

Koller, I., „Die Leichtfertigkeit im deutschen Transportrecht, Eine Untersuchung zu den Schadenverhütungspflichten im Transport und Werkvertragsrecht“, *Versicherungrecht* 2004.

Лабус, М., *Основи економије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006. (Labus, M., *Osnovi ekonomije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006)

Livermore, J., *Transport Law in Australia*, Kluwer Law International, The Hague 2017.

Milde, M., „Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention", *Uniform Law Review* 4/1999.

Mudrić, M., „Gubitak prava na ograničenje odgovornosti i gubitak prava na osigurateljno pokriće", *Pomorsko poredbeno pravo* 53(168)/2014.

Mudrić, M., „Recklessly and with knowledge that damage would probably result: The interpretation of term before the Croatian courts", *CMI Yearbook* 2014, *http://comitemaritime.org/Uploads/Yearbooks/CMI_Yearbook_2014.pdf*, 16. март 2018.

Poor, W., „A shipowner's right to limit liability in cases of personal contracts", *Yale Law Journal* 31(5)/1921–1922.

Radionov Radenković, N., „Gubitak prava na ograničenje odgovornosti prijevoznika u cestovnom prijevozu robe s osvrtom na sudsku praksu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2005.

Радишић, Ј., *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Београд 1979. (Radišić, J., *Imovinska odgovornost za štetu i njen doseg*, Institut društvenih nauka, Beograd 1979)

Радовић, З., „Ротердамска правила", *Ревија за право осигурања* 2/2010. (Radović, Z., „Roterdamska pravila", *Revija za pravo osiguranja* 2/2010)

Riesenhuber, K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrecht*, Walter de Gruzter, Berlin 2003.

Sekiguchi, M., „Why Japan was compelled to opt for unlimited liability", *Annals of Air and Space Law* 20/1995.

Sorkin, S., „Limited Liability in Multimodal Transport and Effect of Deregulation", *Tulane Maritime Law Journal* 13(2)/1989.

Старовић, Д., *Ограничена одговорност међународних ваздушних транспортера за смрт и повреде путника*, Правни факултет у Београду, Београд 1988. (Starović, D., *Ograničena odgovornost međunarodnih vazdušnih transportera za smrt i povrede putnika*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1988)

Стојановић, Д. Д., Антић, О. Б., *Увод у грађанско право*, Београд 2004. (Stojanović, D. D., Antić, O. B., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2004)

Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Београд 2005. (Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2005)

Tetley, W., „The Himalaya Clause – Heresy or Genius“, *Journal of Maritime Law and Commerce* 1/1977.

Васиљевић, М., *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Научна књига, Београд 1987. (Vasiljević, M., *Odgovornost železnice u međunarodnom prevozu robe*, Naučna knjiga, Beograd 1987)

Васиљевић, М., *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006. (Vasiljević, M., *Trgovinsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006)

Водинелић, В. В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V. V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012)

Von Ziegler, A., „The Liability of the Contracting Carrier“, *Texas International Law Journal* 44(3)/2009.

Wieske, T., *Transportrecht*, Springer, Heidelberg 2003.

Yuzhou, S., Hai Li, H., „The New Structure of the Basis of the Carrier's Liability under Rotterdam Rules“, *Uniform Law Review* 14(4)/2009.

Svetislav Đ. Janković, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

UNLIMITED CARRIER'S LIABILITY

Summary

The author in this article analyses unlimited carrier's liability regarding not only to malicious behaviour of carrier in fulfilling obligations from contract of carriage (e.g. causing damage with intent, wilful misconduct or recklessly), but also ordinary situation where, despite of non-fulfilment of contract, carrier's liability is limited. The core of this article is concentrated on the explanation of the link between strict carrier's liability and legal importance of degree of carrier's fault in non-fulfilment of contract. The author is on the standpoint that carrier should be liable limited, but not in amount below the value of goods, but in the amount equal to its market value. This liability regime is justified with

the fact of high economic power of transport companies and developed technic in traffic and vehicles, which did not exist in the beginnings of modern transport.

In the first part of the article is represented the notion of unlimited liability and legal regime of contemporary carrier's liability expressed in strict liability. Then is considered legal importance of carrier's fault in fulfilling contract, and especially the influence of degree of fault on (un) limitation of carrier' liability. Finally, author highlights the number of persons who could be identified with carrier and specifically whose intentional and recklessly action would be resulted in unlimited carrier's liability.

Key words: *Unlimited Carrier's Liability. – Strict Liability. – Wilful misconduct. – Recklessness in Carriage. – Himalaya clause.*

Article history:
Received: 16. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 343.195(497.1-89)

CERIF: S142, S149

Др Вељко Турањанин[*]

Др Драгана Чворовић[**]

СТРУКТУРА СУДСКИХ ВЕЋА У КРИВИЧНИМ СУДОВИМА

Састав судећих већа једно је од најинтересантнијих питања данашњице, поготово у времену великих реформских подухвата. Различита схватања потребе за учешћем грађана-лаика у савременом кривичном поступку допринела су занимљивим приступима у регулисању тог питања. На првом месту, постоје прави поротни системи, који су одлика превасходно англоамеричког правног система, али су његове идеје нашле место и у европским законодавствима. Постоје и државе у којима судеће веће представља једно тело, састављено од судија професионалаца и судија поротника, док у појединим имамо, такође, и судије професионалце и поротнике, али су први задужени за решавање правних, а други за решавање чињеничних питања. Аутори у раду пореде структуру судских већа у кривичним поступцима за пунолетна лица у појединим балканским земљама, од којих су, примера ради, Словенија и Хрватска чланице Европске уније, док су друге у процесу придруживања. Неке од њих теже професионализацији судства, избацујући грађане-лаике из састава судског већа, док су их друге задржале, при чему обим њихове надлежности варира од државе до државе.

Кључне речи: *Судија поротник. – Судија професионалац. – Порота. – Грађани-лаици.*

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *vturanjanin@jura.kg.ac.rs*.

[**] Ауторка је доцент Криминалистичко-полицијске академије, *d.cvorovic@sbb.rs*.

1. УВОД

Период великих реформских промена у кривичнопроцесним законодавствима широм европског континента, али и света, одликује и различит положај окривљеног у кривичном поступку, који често зависи од састава суда. То на леп начин илуструје сентенца: ако је окривљени крив за извршено кривично дело, боље је да му се суди пред англосаксонским судом, а уколико је невин, пред континенталним судом.[1] Анализирајући судске поступке и даље се могу запазити велике разлике у системима решавања кривичних предмета, упркос све израженијим струјањима ка уједначавању законских прописа. Тако, на пример, неке државе заснивају кривични поступак на поротницима, док друге уопште не познају тај институт, а у трећим су заступљена оба решења. Такође, у једним државама се запажа да је акценат на томе да поступак треба да води суд, док је у другим тај орган поступка релативно пасиван, док је активност, а тиме и одговорност, препуштена странкама.[2]

Упркос чињеници да је проценат кривичних предмета које решава поротни суд у англосаксонским земљама опао последњих година[3], пре свега захваљујући алтернативним начинима њиховог решавања и споразуму о признању кривичног дела, упечатљив је број држава које су у свој правни систем увеле одређен облик учешћа грађана у суђењу или макар воде озбиљне расправе о том питању.[4]

---

[1] John Henry Merryman, Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 2007, 127, нав. према: Mar Jimeno-Bulnes, „American Criminal Procedure in a European Context“, *Cardozo Journal of International Law & Comparative Law* 21(2)/2013, 409.

[2] William Pizzi, *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Rebuild It?*, New York – London 1999, 115.

[3] Као што смо навели, поротно суђење је деценијама представљало основни метод решавања кривичних предмета у англоамеричком правном систему. Међутим, последњих година је доживео пад и у Сједињеним Америчким Државама и неким другим државама широм света. Jane Dudzinski, „Justification for Juries: A Comparative Perspective on Models of Jury Composition“, *University of Illinois Law Review* 4/2013, 1616. Разлог за то се проналази пре свега у чињеници да тужиоци све више и више преузимају од судија главну функцију у суђењу, и због повећања трошкова кривичног поступка, услед чега се решење тражи у алтернативним начинима решавања спора, пре свега у споразуму о признању кривице. Такође, у том правном систему је од знатног утицаја на пад поротног суђења и увођење смерница за кажњавање, које га чини мање атрактивним по окривљене јер учвршћује моћ тужиоца да предмет реши споразумом о признању кривице. Илустрације ради, према истраживању, број поротних суђења за период од 1976. до 2002. године бележи пад од 15% (1976. године одржавана су 52 поротна суђења на сваких 1.000 случајева, док је 2002. године одржано свега 22 на 1.000). Вид. Valerie Hans, „The Twenty-First Century Jury: Worst of Times or Best of Times?“, *Criminal Law Brief* 1/2006, 3.

[4] Valerie Hans, „Jury Systems around the World“, *Cornell Law Faculty Publications paper* 305/2008, 276.

Примера ради, то је случај са Шпанијом[5], Аргентином, Венецуелом, Јапаном, Корејом, Русијом[6], земљама Балкана, које према важећим законима имају или чист поротни систем или пак мешовити. Веома интересантно решење је заступљено у Француској.[7] Тако данас имамо ситуацију да се у државама са укорењеним системом поротног суђења воде дебате о томе да ли треба задржати пороту[8], док друге, које нису имале такав систем суђења, раде на њеном увођењу.[9] Међутим, стално преиспитивање учешћа грађана у суђењу неопходно је и због поштовања људских права и демократских стандарда, загарантованих Европском конвенцијом о људским правима и слободама.[10] Увођење лаика у кривични поступак у појединим државама уследило је након успешних (у Француској) или чак неуспешних (у Немачкој) револуција.[11] У Сједињеним Америчким Државама порота је уведена као брана неправичним и арбитрерним оптужењима[12], односно пристрасном или ексцентричном судији[13], када је већ било уздрмано веровање у божанску интервенцију на кривичним

[5] Вељко Турањанин, „Поротни систем у Шпанији“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Божин Влашковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013, 172–223.

[6] Вид. Stephen Thaman, „The Good, the Bad, or the Indifferent: 12 Angry Man in Russia“, *Chicago-Kent Law Review* 82(2)/2007, 791–808; Stephen Thaman, „Europe's New Jury System: The cases from Spain and Russia“, *Law and Contemporary Problems* 62(2)/1999, 233–259; Mar Jimeno-Bulnes, „A Different Story Line for 12 Angry Man: Verdicts Reached by Majority Rule – the Spanish Perspective“, *Chicago-Kent Law Review* 82(2)/2007, 759–777; Вељко Турањанин, „Увођење адверсарног система у Русији кроз приказ два најважнија института: пороту и споразум о признању кривице“, *Гласник права* 3/2011, 65–81; Veljko Turanjanin, „European Systems of Jury Trials“, *US-China Law Review* 2/2015, 195–207; Вељко Турањанин, „12 гневних људи: порота у Русији“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)* (ур. Станко Бејатовић), Интермекс – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2016, 525–535.

[7] Драгана Чворовић, Вељко Турањанин, „Улога пороте у француском кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015, 217–233.

[8] Joel Samaha, *Criminal Procedure*, Wadsworth Cengage Learning, Belmont 2012, 444.

[9] Francis J. Pakes, *Comparative Criminal Justice*, Willan Publishing, Portland 2010, 108; Roderick Munday, „Jury trial, continental style“, *Legal Studies* 13(2)/1993, 204.

[10] John Jackson, Nikolay Kovalev, „Lay Adjudication and Human Rights in Europe“, *Columbia Journal of European Law* 13(1)/2006, 84–85.

[11] Stephen Thaman, „The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond“, *Cornell International Law Journal* 40(2)/2007, 361.

[12] Daniel Hall, *Criminal Law and Procedure*, Delmar Cengage Learning, New York 2012, 492.

[13] David Neubauer, Henry Fradella, *America's Courts and the Criminal Justice System*, Cengage, Boston 2018, 377.

суђењима.[14] Међутим, за разлику од политичких фактора који су довели до успостављања поротног суђења у већини држава, наводи се да је у Србији порота уведена као „средство за побољшање правосуђа једино у интересу правичности“[15], иако се касније одржала као „израз политичког принципа“.[16]

Реформски подухвати у Европи нису заобишли ни законодавства бивше Југославије, у којима, пак, новодонети закони не представљају крај реформског процеса, већ само корак даље.[17] Из јединствене Југославије настало је шест мањих држава, а истовремено девет законодавстава, будући да у Босни и Херцеговини постоје четири закона о кривичном поступку, у безуспешном покушају копирања швајцарског уређења. Промене у кривичним поступцима на тлу Европе неизбежно су морале да нађу одраз и у поротном суђењу, те се поједине државе окрећу пороти, а друге професионализацији судова. Списку држава који су дали Џексон и Ковалев[18] у којима грађани не учествују у суђењу, додајемо и црногорско законодавство, тако да је утицај идеја о учешћу грађана у суђењу, с једне стране, и професионализација судова, с друге стране, нашао одраз у законодавствима бивше Југославије. Тако у појединим државама и данас преовладава мешовити тип пороте, док у другим суди веће састављено искључиво од судија професионалаца, као што ћемо видети у даљем току рада. Постоје и предлози да се уведе „квалификована порота“, као облик суђења у коме би поротници били правници.[19] Уставне промене у Републици Србији могу да донесу унеколико другачији положај поротника, судећи по предлогу Министарства правде, о коме траје јавна расправа у време писања овог рада.

---

14 James McCord, Sandra McCord, *Criminal Law and Procedure for the Paralegal*, West Legal Studies, New York 2005, 482.

15 Божидар Марковић, *Расправе из кривичног поступка*, Геца Кон, Београд 1914, 119.

16 Тихомир Васиљевић *et al*., *Учешће грађана у суђењу на територији Социјалистичке Аутономне Покрајине Војводине*, Завод за научноистраживачки рад Правног факултета, Нови Сад 1975, 3.

17 Вид. Станко Бејатовић, „Нови Законик о кривичном поступку – крај реформе или само један корак у процесу реформе?“, *Правни информатор* 16(9)/2013, 3–25.

18 J. Jackson, N. Kovalev, 94.

19 Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Правни факултет, Подгорица 2009, 88.

2. ПОРОТНИ СИСТЕМ У СРБИЈИ

2.1. Положај пороте у кривичнопроцесном законодавству Србије: поглед кроз историју

Порота[20] је у Србији постала законски институт доношењем Душановог законика, који је садржао више одредаба о њој.[21] Међутим, приликом разматрања пороте поставља се посебно питање да ли је она представљала доказно средство или је одлучивала о исходу предмета. У старијој епохи, поротници су превасходно били сведоци, па су се тек касније трансформисали у тело које одлучује о кривици. О томе да је тако било и у Србији сведочи нам низ фрагмената из *Приноса за хрватски правноповјесни Рјечник* Владимира Мажуранића, у којима је наведено да реч *порота* потиче од термина *рота*, који означава заклетву коју полажу поротници, а префикс *по* указује на то да се заклетва полагала након заклетве странке која их је довела на суд.[22]

Учешће грађана у суђењу у Србији константно је преиспитивано почев од XIX века. Професор Божидар Марковић је поставио два кључна питања у вези са поротом, која су актуелна и данас, када по-

[20] Интересантно је да је код нас енглески термин за пороту преведен као жири, као „тим стручњака или изабраних особа за оцењивање и доношење одлука према утврђеним правилима на изложбама, уметничким, спортским и другим манифестацијама“. Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2011, 478.

[21] Одредбама Душановог законика биле су установљене велика, средња и мала порота: „За велико дело да су 24 поротника, а за мању ствар да је 12 поротника, а за мало дело 6 поротника (ови поротници да нису власни никога измирити, него да огласе правим или пак кривим), да је свака порота у цркви и поп у ризама да их закуне, и у пороти на што се већина закуне и у кога већина огласи правим, њој да се верује. Као што је закон у деда царевог, у Светог краља, да су великој властели велика властела поротници, а средњим људима према њима дружина, а себрдији њихова дружина да се поротници (да у пороти не буде сродника ни пизматара). Иноверцима и трговцима поротници половина хришћани, а половина из њихове дружине, по закону Светог краља.“ Нав. према: Синиша Важић, „Систем и улога пороте у кривичном поступку (искуства у примени и предлози *de lege ferenda*)“, *Нова решења у кривичном поступку и досадашња искуства у њиховој примени* (ур. Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2006, 349–350. Међутим, из те одредбе произилази, као што поједини писци тумаче, да је порота у српском законодавству постојала још у време краља Милутина. Штавише, Авакумовић је у свом делу *Енглеска, француска и српска порота* тврдио да је Душанова порота боља и савршенија од енглеске пороте. У појединим одредбама Душановог закона прописан је и такав облик пороте састављен од половине Срба и половине странаца, уколико је спор водио страни држављанин. Наравно, посебно је питање на који начин би такав поротни суд одлучивао јер, по природи ствари, свака страна би гласала за своју. За више вид. Миленко Јовановић, *Порота средњовековне Србије*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1959.

[22] М. Јовановић, 22.

ново преиспитујемо учешће лаичког елемента: „...треба ли у Србији допустити да лаици учествују у вршењу кривичног правосуђа...“ и „...ако је на ово питање одговор потврдан, у ком облику треба допустити лаицима да учествују у кривичном правосуђу, да ли у облику пороте или кога другог мешовитог суда“?[23]

Први новији законски текст који се односио на учешће грађана у суђењу био је Закон о пороти кнеза Милана Обреновића из 1871. године, који је садржао одредбе о избору поротника, надлежности, саставу и раду поротних судова и праву на жалбу против одлуке пороте. За поротника је могло бити изабрано лице које је у моменту избора имало навршених 30 година, а пре тога непрестано пет година живело у Србији и плаћало шест талира пореза годишње (чл. 1 ЗОП). Интересантно је да је законодавац детаљно регулисао ко све не може бити поротник (између осталих, то су: слуге, лица која не уживају грађанска права, лица осуђена због користољубља, али и лица ослобођена услед недостатка доказа, државни министри, свештеници, војници итд.), а предвидео је и могућност да, на пример, лица која су навршила 60 година живота и народни посланици одбију поротничку дужност (чл. 2–4 ЗОП), док се лице које је најмање 12 дана било поротник у току једне календарске године није морало примити позива (чл. 5 ЗОП). Поротни суд је био надлежан да суди само за таксативно набројана кривична дела: опасну крађу, разбојништво и паљевину, али ако је у питању стицај, па је за нека дела надлежна порота а за друга суд, надлежност пороте се протезала и на та дела (чл. 18–19. ЗОП). Поротни суд се састојао од три члана окружног суда и четири поротника, а ако је било у изгледу да ће суђење трајати дуже од уобичајеног, тада би суд узимао једног или двојицу допунских поротника (чл. 22, 27 и 28 ЗОП). На занимљив начин је било решено и питање гласања: прво гласају два поротника, па двоје судија, па опет двоје поротника и на крају председавајући судија (чл. 40 ЗОП). Против пресуде и решења које доноси поротни суд била је дозвољена жалба касационом суду (чл. 46 ЗОП).

Године 1892. донет је нови Закон о пороти,[24] који је у основи садржавао одредбе старог закона. Пре свега, установа пороте је била регулисана и Уставом, у којем је било прописано да за извесна кривична дела суди поротни суд (чл. 149 Устава). Законодавац је, између осталог, проширио круг лица која не могу бити поротници, а што је битније, смањио је број поротника у кривичном поступку, тако да је било прописано да, осим тројице државних судија, суде и два поротника из народа. Проширен је и корпус кривичних дела за

[23] Б. Марковић, 84.

[24] Закон о пороти од 31. марта 1892, са изменама и допунама од 28. новембра 1895, 20. новембра 1905. и 6. септембра 1919. године.

која је надлежна порота, док је начин гласања остао непромењен, уз прилагођавање новом броју поротника. Тај законски текст је претрпео више измена и допуна (од 28. новембра 1895, 20. новембра 1905. и 6. септембра 1919. године), због незадовољства функционисањем таквог система суђења. Тако, у једном решењу министра правде из 1905. године стоји: „Функционисање пороте није задовољило очекивања, која су на њу полагана. Ни њен састав ни ограничен број криваца, за које је установљена њена надлежност, није одговарао појму, какав у нашем народу постоји о поротном суду, нити поротној установи код других народа. Измене и допуне од 28. новембра 1895. године још су више удаљиле пороту од њеног правог бића. Да би порота одговорила својој правој задаћи, да би се утврдио и њен бољи састав, који би уjемчио и њен правилнији рад, и да би се њеној надлежности подвргао већи број кривичних дела, ја сам решио, да приступим изради новог закона о пороти, који посао поверавам нарочитој комисији...“[25]

Југославија до Другог светског рата није имала институт пороте, будући да је тадашњим законским текстом којим је био регулисан кривични поступак био укинут, па се примењивао јединствен систем без учешћа грађана у суђењу, док је у току тог рата нашао примену у војним судовима[26], с тим што функција поротника није била изборна већ је поротнике постављао врховни командант оружаних снага својом наредбом.[27] Тиме је у току Народноослободилачке борбе поново зачета идеја о учествовању лаичког елемента у судским поступцима.[28] Након Другог светског рата, учешће грађана у суђењу можемо пратити у више фаза развоја српског правосуђа. Сматра се да прва фаза обухвата период од 1945. до 1954. године (период од доношења првог Закона о уређењу народних судова до доношења Закона о судовима), друга фаза од 1954. до 1963. године (до доношења новог устава), а трећа до доношења Устава из 1974. године.[29] На те фазе бисмо надовезали још три. Четврта фаза је трајала до доношења Законика о кривичном поступку из 2001. године са свим изменама и допунама, а пета обухвата период важења тог законског текста до ступања на снагу Законика о кривичном поступку из 2011. године, који је почео да се примењује 2013. године. Коначно, последња фаза траје од доношења последњег ЗКП и још није завршена. Овде, наравно, није узет у обзир ЗКП из 2006. године, зато што никад није

25 Б. Марковић, 84.

26 Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд 2016, 139.

27 Ђ. Полак *et al.*, *Приручник за судије поротнике војних судова*, Војноиздавачки завод ЈНА, Београд 1960, 17.

28 Опширније: Татјана Бугарски, *Улога поротника у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016, 39.

29 Т. Васиљевић *et al.*, 21–25.

заживео. А питање је и до када ће ЗКП из 2011. године важити, како услед његових бројних проблематичних одредаба и све чешћих најава законодавних измена тако и због предстојећих уставних промена.

Према Закону о уређењу судова из 1945. године, у првом степену се суђење одвијало пред већем од једног судије и двојице судија поротника[30] који су имали иста права као и професионалне судије.[31] Карактеристика тог законског текста лежи у томе што је законом дефинисано да су „суци особе које врше судску дужност непрекидно за вријеме за које су изабрани, а присудитељи су особе које се повремено позивају у суд за вршење судске дужности" (чл. 14, ст. 1). Исти састав судећег већа био је предвиђен и у војним судовима, а важно је нагласити да су та правила важила само у првостепеном поступку – у поступку пред другостепеним судом, поротници нису постојали.[32] За ова разматрања значајно је и то да је у другој фази развоја повећан број поротника, па су тако првостепена судећа већа била састављена од двојице судија и тројице судија поротника када су судила за кривична дела за која се могла изрећи казна затвора од двадесет година или смртна казна, док су за остала кривична дела већа била састављена од једног судије и двојице судија поротника, при чему је нешто касније порота добила овлашћење да суди и у другостепеном поступку на Врховном војном суду.[33] Као што већ овде можемо да приметимо, број поротника који суди у судовима опште надлежности остао је непромењен све до данас, али је мењана њихова надлежност. Тако је, доношењем Закона о кривичном поступку из 1977. године[34], одређено да у првом степену судови суде у већима од двојице судија и тројице судија поротника за кривична дела за која се по закону може изрећи казна затвора од петнаест година или тежа казна, а у већима од једног судије и двојице судија поротника за дела за која је прописана блажа казна (чл. 23, ст. 1 ЗКП).

---

30 Таква комбинација судија и судија поротника води порекло из немачког законодавства. Вид. J. Jackson, N. Kovalev, 96. Немачки систем неправе пороте представља узор, па је у литератури најчешће истраживан. Опширније о томе: John Langbein, „Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need", *American Bar Foundation Research Journal* 6(1)/1981, 196.

31 Vladimir Ljubanović, *Sudjelovanje građana u suvremenom jugoslovenskom krivičnom suđenju*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1983, 32.

32 *Ibid*., 32–43.

33 *Ibid*., 51, 57.

34 Закон о кривичном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 24/94 и 13/01.

2.2. Положај судије поротника према позитивним кривичноправним прописима Републике Србије

Као што је наведено, установа поротног система у Србији представља уставну категорију[35] још с почетка XX века, па је прописано да у суђењу *учествују* судије и судије поротници, на начин утврђен законом (чл. 142, ст. 4 Устава[36]). Према Амандману III Радног текста Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије, у суђењу *могу да учествују* и судије поротници, у складу са законом. Као што видимо, таква могућа уставна одредба би препустила начин и обим учешћа судија поротника у поступцима, за потребе овог рада, у кривичном поступку. Другим речима, уставотворац би широм отворио врата могућности искључивања поротника из кривичног поступка.

Одредбе о судијама поротницима у кривичном процесном праву Републике Србије садржане су, пре свега, у Закону о судијама[37] и у Законику о кривичном поступку.[38] У поређењу са другим законима којима је регулисана та материја, примећује се да су у српским законима оне релативно оскудне и није им посвећена довољна пажња. Као основни услов да би неко лице могло бити изабрано на ту функцију наводи се држављанство Републике Србије, те достојност за њено вршење. Затим, поротник не може бити члан политичке странке нити политички деловати на други начин, а при његовом именовању води се рачуна о полу, старости, занимању и друштвеном положају, па знању, стручности и склоности ка појединим врстама судских ствари. Важно је напоменути и да судија поротник не може бити адвокат нити пружати правне услуге и стручне савете уз накнаду, а са том функцијом су неспојиве и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штетни по углед суда (чл. 85. ЗОС). Судија поротник се бира на период од пет година, али може бити поново изабран на исту функцију (чл. 81 ЗОС).

---

[35] Улога и положај судија поротника једна је од тема која је била предмет јавне дебате о уставним променама у Србији. Вид. више у: Organization of the Judiciary in the Republic of Serbia in the Context of Constitutional Amendments, *https://www.academia.edu/34966097/ORGANIZATION_OF_THE_JUDICIARY_IN_THE_REPUBLIC_OF_SERBIA_IN_THE_CONTEXT_OF_CONSTITUTIONAL_AMENDMENTS*, 26. октобар 2017.

[36] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[37] Закон о судијама – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009, 104/2009, 101/2010, 8/2012, 121/2012, 124/2012, 101/2013, 111/2014, 117/2014, 40/2015, 63/2015, 106/2015, 63/2016 и 47/2017.

[38] Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/13 и 45/13.

Поступак избора судије поротника није толико једноставан као што је то случај у државама у којима је успостављен прави систем поротног суђења, у којем група грађана одлучује о кривици окривљеног. Међутим, то је и логично јер се у тим земљама поротници бирају само за тај, конкретан кривични предмет, па у неким земљама за живота грађанин може бити поротник свега једном, док је у другим системима, попут руског, законом прописано да се исто лице може изабрати на ту функцију свега једном годишње. У Србији је ситуација другачија због установљеног мешовитог система, у којем се поротници бирају на пет година са могућношћу поновног избора, па је законодавац имао потребу за именовањем судија поротника на вишим нивоима власти. Поступак избора је регулисан тако што министар надлежан за правосуђе прибавља мишљење суда за који се именује судија поротник о лицу које жели да предложи за ту функцију. Након добијеног мишљења, министар саставља предлог који упућује Високом савету судства који именује судију поротника.[39] За поротника може бити изабрано пунолетно лице које у моменту именовања има мање од седамдесет година (чл. 82 ЗОС).[40] Након завршеног поступка именовања, судија поротник пред председником суда у коме ће вршити своју функцију треба да положи заклетву, која гласи: „Заклињем се својом чашћу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, савесно, предано и непристрасно“ (чл. 83 ЗОС).

Законодавац је решио и питање удаљења са функције судије поротника, као и његово разрешење. Наиме, председник суда ће удаљити са функције судију поротника уколико је против њега по-

[39] Иначе, Високи савет судства преиспитује потребан број судија поротника у сваком суду на пет година, што је свакако период на који се поротници бирају, али по сопственој иницијативи или на предлог председника суда, председника непосредно вишег суда, председника Врховног касационог суда и министра надлежног за правосуђе, а на основу годишњег прилива предмета, Високи савет судства може преиспитати потребан број судија поротника и пре истека тог рока (чл. 10 ЗОС).

[40] Доња старосна граница за именовање судије поротника је знатно снижена у односу на раније законско решење, по којем је за судију поротника могло бити изабрано лице које је навршило 26 година старости. Садашње решење је практичније и у складу са трендом заступљеним у системима у којима постоји право поротно суђење, где је пунолетство или право гласа у вези са могућношћу да неко лице буде поротник у кривичном поступку. Раније решење у Србији било је логично са практичне стране јер је тако законодавац омогућавао избор на функцију само лицима која су стекла одређена искуства у животу, најчешће праћена завршеним факултетом, што данас не мора да буде случај. Иначе, та граница је, рецимо, у Шпанији такође 18 година (иако постоје предлози да се подигне на 24 или 30 година), док је у Русији граница постављена на 25 година старости. Као што можемо да видимо, услови за избор поротника нису строго постављени будући да у суштини године старости представљају најчешћу брану. Вид. Dana Seetahal, *Commonwealth Caribbean Criminal Practice and Procedure*, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney 2001, 313–314.

кренут поступак за кривично дело због чијег извршења може бити разрешен или сам поступак за разрешење[41], док удаљење траје до окончања поступка (чл. 84 ЗОС). Дакле, судија поротник може да буде удаљен из два разлога: због покретања кривичног поступка и због покретања поступка за разрешење. Будући да се на судије поротнике сходно примењују одредбе о судијама (чл. 88 ЗОС), то значи да поротник може бити удаљен када се против њега покрене кривични поступак због извршења кривичног дела за које се може изрећи казна затвора од најмање шест месеци, или за кажњиво дело које га чини недостојним судијске функције, или због тешког дисциплинског прекршаја (чл. 62 ЗОС). Али, док судија може бити удаљен са вршења своје функције само када је према њему одређен притвор, судија поротник може и без тога. Ипак, законодавац је ту област оставио релативно оскудно дефинисаном, па није потпуно јасно да ли се сви разлози који постоје за разрешење судије узимају и за удаљење и разрешење поротника или само они који су спојиви са њиховом функцијом. Тако, сматрамо да се нестручно обављање судијске функције, што представља разлог за разрешење судије, не може узети као разлог за разрешење поротника јер се под тим термином подразумева недовољно успешно вршење судијске функције, у ком случају судија добија оцену *не задовољава*, сходно критеријумима за вредновање рада судија (чл. 63 ЗОС). Судије поротници не подлежу том вредновању, па се самим тим тај разлог искључује.[42]

Судија поротник не може да изврши све прописане дисциплинске прекршаје већ само неке, попут повреде начела непристрасности, пропуштања да тражи изузеће у предметима у којима постоји разлог за то, учестало кашњење на заказане претресе, прихватање поклона супротно прописима који регулишу сукоб интереса, очигледно некоректно поступање према учесницима у судским поступцима и запосленим у суду и слично (чл. 90, ст. 1 ЗОС). У судској пракси се најчешће јавља потреба за изузећем судије и судије поротника, па се у кривичном поступку може тражити изузеће судије поротника под истим условима и разлозима који важе за професионалног судију, у ком случају је дужан да обустави сваки рад на предмету. Изузеће судије поротника може бити обавезно и факултативно, при чему су разлози за обавезно таксативно наведени у ЗКП, док факултативно изузеће постоји када се појави ситуација која указује

[41] Овде треба указати на чињеницу да је Кривичним закоником Србије (КЗ) прописано кривично дело кршење закона од судије, јавног тужиоца или његовог заменика, које може да изврши и судија поротник, што је изричито наглашено и у радњи извршења дела (чл. 360 КЗ).

[42] У ранијем Закону о судијама било је изричито прописано да дужност судије не престаје услед навршења радног века нити због нестручног вршења дужности, осим када судија испуњава стручне услове за судију. Вид. С. Важић, 356.

на то да је непристрасност судије или судије поротника доведена у питање.[43] Међутим, као разлог за изузеће захтева се постојање тежег дисциплинског прекршаја, који постоји у случају када је услед извршења неког прекршаја дошло до озбиљног поремећаја у вршењу судске власти или обављању радних задатака у суду или до тешког нарушавања угледа и поверења јавности у судство, а нарочито застаревања предмета због несавесног рада судије, ако је наступила већа штета у имовини странке у поступку и у случају поновљеног дисциплинског прекршаја (под којим се подразумева три пута правноснажно утврђена одговорност судије за дисциплински прекршај – чл. 90, ст. 2–3 ЗОС). Иако је много већа опасност по кривични поступак, а и вероватноћа извршења, уколико дисциплински прекршај изврши судија, не сме се занемарити могућност да то учини и судија поротник.

Тек моментом завршетка поступка може се донети коначна одлука – да ли ће судија поротник бити разрешен своје дужности или ће се вратити на њу. Иницијативу за разрешење судије поротника може поднети било које лице, а поступак покреће Високи савет судства, по службеној дужности или на предлог председника суда, председника непосредно вишег суда, председника Врховног касационог суда или министра надлежног за правосуђе.

Високи савет судства утврђује разлоге за разрешење, а председник првостепеног суда пред којим је вођен кривични поступак доставља му без одлагања осуђујућу правноснажну пресуду (чл. 64 ЗОС), уколико је поступак вођен због извршеног кривичног дела. Високи савет судства утврђује чињенице и одлучује у поступку затвореном за јавност. Дужан је да поступак спроведе и да донесе образложену одлуку у року од 45 дана од дана достављања акта којим се поступак покреће (чл. 65 ЗОС). Судија поротник има право да учествује у том поступку, да се упозна са предметом и пратећом документацијом и да пружи, сам или преко свог заступника, објашњења и доказе за своје наводе, усменим или писменим путем (чл. 66 ЗОС). Против правноснажне одлуке Високог савета судства судија поротник има право на жалбу Уставном суду у року од 30 дана од дана достављања одлуке, чија одлука је коначна (чл. 67 ЗОС).

Осим разрешења, законодавац је прописао још два разлога због којих судији поротнику може да престане функција. Прво, по-

[43] Станко Бејатовић *et al.*, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2013, 48. Рецимо, постоји разлог за изузеће судије поротника када је учествовао на главном претресу, у кривичном предмету у којем је његов син, као заменик окружног јавног тужиоца, поднео захтев за спровођење истраге (решење Окружног суда у Ваљеву Кж. 89/2003 од 15. априла 2003).

ротнику престаје функција уколико буде укинут суд у коме обавља своју функцију (чл. 86, ст. 1 ЗОС). Будући да се поротник именује за конкретан суд, тај разлог престанка његове функције је логично постављен, поготово уколико се узме у обзир ситуација у Србији, у којој се у последње време често мења мрежа судова. Судији поротнику не може престати функција због навршења радног века (чл. 86, ст. 2 ЗОС), али не треба изгубити из вида чињеницу да је горња старосна граница за његов избор постављена на седамдесет година, тако да је време обављања поротничке функције ипак ограничено. Друго, његова функција престаје истеком петогодишњег мандата. Иако може бити поново изабран на њу, до тога не мора да дође. Поступак у коме се утврђују разлози за разрешење функције покреће се на основу предлога председника суда, председника непосредно вишег суда, председника Врховног касационог суда или министра надлежног за правосуђе, а поступак покреће, води и одлуку доноси Високи савет судства (чл. 86, ст. 3–4 ЗОС).

На крају ових разматрања треба напоменути да судија поротник, док обавља своју функцију, има право на накнаду трошкова насталих за време обављања функције, накнаду за изгубљену зараду и право на награду, а услове и висину накнаде и награде прописује Високи савет судства (чл. 87 ЗОС). Према Одлуци о накнадама и наградама судијама поротницима Високог савета судства од 3. септембра 2010. године, трошкови настали за време обављања функције обухватају искључиво путне трошкове од његовог пребивалишта или боравишта до седишта суда или места где треба да врши функцију, као и трошкове повратка. Трошкови се признају у висини стварних издатака за путовање средствима јавног превоза, а ако судија поротник користи сопствено возило, признаје му се накнада у висини возне или аутобуске карте. Поротнику који је у радном односу припада накнада у висини зараде коју би остварио да је радио, а судији поротнику који самостално обавља регистровану привредну или професионалну делатност припада накнада у висини основице на коју плаћа доприносе за обавезно сопствено социјално осигурање, сразмерно броју часова проведених у вршењу функције. Обрачун и исплату накнаде врши суд у коме је поротник вршио дужност, након достављања доказа о насталим трошковима, доказа о томе да му је за време обављања функције одбијена зарада и копије пријаве надлежном фонду, зависно од тога који се трошкови траже. Према првобитном решењу, судија поротник је имао право на награду, сразмерно броју часова проведених у вршењу функције, у износу од 30% од часа рада судије суда пред којим поступа. Међутим, Одлуком о изменама Одлуке о накнадама и наградама судијама поротницима од 18. марта 2011. године одређено је да судија поротник има право на награду сразмерно броју часова проведених у вршењу функције,

који представља број часова од почетка првог до краја последњег рочишта у судећем дану, укључујући и време седнице већа на којој се већа и гласа, при чему се започети час узима као пун час. Награда се одређује тако што се основица за обрачун награде дели бројем радних часова у месецу који је претходио месецу у коме је поротник вршио своју функцију, па се тако добијен износ множи бројем часова које је провео као поротник. Основица за обрачун износи 125% просечне месечне зараде по запосленом без пореза и доприноса, према подацима надлежног органа, исплаћене за месец који је претходио месецу у коме је судија поротник вршио своју функцију.

Законодавац је питање састава судских већа решио ЗКП-ом, опредељујући се на тај начин о тачном броју судија поротника у конкретном кривичном поступку и надлежностима пороте. Пре свега, треба напоменути да је законодавац одлучио да смањи њене надлежности, проширујући оне које припадају судији појединцу. Према важећим законским прописима, у првом степену суд суди у већу састављеном од једног судије и двоје судија поротника за кривична дела за која се може изрећи казна затвора преко осам, а до двадесет година, те од двоје судија и троје судија поротника за кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од тридесет до четрдесет година (чл. 21, ст. 1 ЗКП). У односу на претходно законодавно решење, очигледно је да је надлежност пороте знатно редукована. Формалноправно, судије поротници су у судским већима у одлучивању равноправни са судијама професионалцима, али их околност да немају правничко образовање чини стварно неравноправним у решавању правних и чињеничних питања.[44], [45] Међутим, према неким схватањима, управо недостатак њиховог специјализованог знања и искуства може деловати као кочница занесеним тужиоцима и пристрасном суду[46], поготово у данашњем судству када је улога суда у кривичном поступку прилично смањена.[47] Дакле, стварна надлежност

[44] Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ 2005, 78.

[45] У кривичној ствари је тешко раздвојити правна од чињеничних питања. За даље читање: Татјана Бугарски, „Судије поротници и оцена доказа по слободном судијском уверењу“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2014, 221–234.

[46] Valerie Hans, „What Difference Does a Jury Make“, *Yonsei Law Journal* 3/2012, 4.

[47] Према позитивноправним решењима, веће састављено од судија професионалаца и судија поротника у кривичном поступку Србије, између осталог: доноси одлуку о изузећу судије од отварања заседања (чл. 41, ст. 4 ЗКП); доноси одлуку о разрешењу браниоца (чл. 81, ст. 1 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је сведоку изречена новчана казна (чл. 101, ст. 3 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је учеснику у поступку који вређа сведока или оштећеног, прети му или угрожава његову сигурност, изречена новчана казна (чл. 102, ст. 3 ЗКП); након потврђивања оптужнице одлучује о одређивању статуса заштићеног сведока (чл.

и састав суда, у овом случају пороте, условљени су тежином кривичног дела, односно висином запрећене казне. Проширивање надлеж-

108, ст. 1 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је вештаку изречена новчана казна (чл. 115, ст. 5 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је изречена новчана казна лицу које је без законског разлога одбило да дâ узорак гласа или рукописа (чл. 141, ст. 6 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је изречена новчана казна лицу које одбије да омогући приступ предметима, да пружи обавештења потребна за њихову употребу или да их преда (чл. 148, ст. 3 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је изречена новчана казна лицу које избегава да прими позив (чл. 193, ст. 5 ЗКП); одлучује о одређивању, продужењу или укидању мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем, на главном претресу (чл. 198, ст. 2 ЗКП); одлучује о одређивању, продужењу или укидању мере забране напуштања боравишта и пратећих мера уз њу, на главном претресу (чл. 200, ст. 2 ЗКП); одлучује о одређивању, одузимању или укидању јемства, на главном претресу (чл. 205, ст. 1 ЗКП); одлучује о одређивању, продужењу или укидању мере забране напуштања стана, на главном претресу (чл. 209, ст. 2 ЗКП); одлучује о продужењу и укидању притвора (чл. 215, ст. 2 ЗКП); одлучује о жалби изреченој против решења о казни изреченој за дисциплински преступ (чл. 221, ст. 2 ЗКП); одлучује о жалби против решења којим је изречена новчана казна због вређања органа или учесника у кривичном поступку (чл. 231, ст. 3 ЗКП); доноси одлуку о забрани тонског или оптичког снимања појединих делова главног претреса (чл. 236, ст. 3 ЗКП); наређује исправке или допуне записника (чл. 240, ст. 3 ЗКП); одлучује о одређивању привремене мере обезбеђења имовинскоправног захтева након подигнуте оптужнице (чл. 257, ст. 2 ЗКП); одлучује о искључењу јавности (чл. 363 ЗКП); доноси одлуку о дозвољавању присуства на главном претресу појединим лицима у случају када је јавност искључена (чл. 364, ст. 2 ЗКП); одлучује о предлогу о коме не постоји сагласност странака и о сагласним предлозима странака које не прихвати председник већа (чл. 368, ст. 1, тач. 1); одлучује о приговору против мере председника већа која се односи на руковођење главним претресом (чл. 368, ст. 1, тач. 2); одлучује о удаљењу из суднице, о искључењу браниоца или пуномоћника и о настављању, прекиду или одлагању главног претреса због одржавања реда и управљања главним претресом (чл. 368, ст. 1, тач. 4); одлучује о извођењу допунских доказа уколико оцени да је то неопходно да би се отклониле противречности или нејасноће у изведеним доказима и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио (чл. 368, ст. 1, тач. 5); опозива решење о кажњавању (чл. 375, ст. 2); одлучује о обустави кривичног поступка у случају да на главни претрес, не оправдавши свој изостанак, не дође оштећени као тужилац или приватни тужилац, нити њихов пуномоћник, а који су били уредно позвани (чл. 379, ст. 2); наређује довођење уредно позваног оптуженог (чл. 380, ст. 1); опозива наредбу о довођењу (чл. 380, ст. 2); на предлог тужиоца, доноси решење о суђењу у одсуству (чл. 381, ст. 2); одлучује о одржавању главног претреса без присуства уредно позваног браниоца (чл. 382, ст. 1); одлучује о новчаном кажњавању браниоца чији је неоправдани изостанак довео до неодржавања или одлагања главног претреса (чл. 382, ст. 3; вид. пресуду Окружног суда у Београду Кж. 3128/2009 од 24. септембра 2009); наређује довођење уредно позваног сведока, вештака или стручног саветника (чл. 384, ст. 1); одлаже главни претрес (чл. 387, ст. 1); одлучује да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се изврши увид у записнике о њиховим исказима датим на ранијем главном претресу или да, ако је то потребно, председник већа укратко изнесе садржину тих изјава или их прочита (чл. 388, ст. 1); преиначује решење председника већа о неизвођењу појединих доказа (чл. 395, ст. 5); одлучује о забрани питања или одговора на већ постављено питање (чл. 398, ст. 5); одлучује о давању дозволе вештаку да прочита писани налаз и мишљење

ности судије појединца, према важећем ЗКП, довело је до смањења надлежности пороте. Њено постојање у облику у коме се и данас јавља било је, и јесте, подвргнуто критикама, као решење које је неекономично и лишено суштине, услед чега је законодавац покушао да пронађе „реалнију меру присуства лаичког елемента".[48] Законска правила којим је регулисан састав суда изузетно су строго постављена, будући да неправилан састав суда води апсолутној повреди одредаба кривичног поступка, што је и став судске праксе изражен у бројним пресудама.[49]

(чл. 402, ст. 1); доноси одлуку о увиду у приложени налаз и мишљење у појединим случајевима (чл. 403, ст. 1); накнадно одређује непосредно испитивање вештака (чл. 403, ст. 2); наређује извођење доказа ван главног претреса (чл. 404, ст. 1); овлашћује председника већа или судију члана већа да ван главног претреса изврши увиђај или реконструкцију (чл. 404, ст. 2); одлучује о издвајању из списа и одвојеном чувању незаконитих доказа (чл. 407, ст. 1); проширује главни претрес на дело откривено у току његовог одржавања или одлучује о посебном суђењу за то дело (чл. 410, ст. 1); одлучује о уступању предмета вишем суду уколико је за њега тај суд надлежан (чл. 410, ст. 4); одлучује о настављању доказног поступка (чл. 414, ст. 1); одлучује о поновном отварању главног претреса (чл. 415, ст. 3); одлучује о одбацивању оптужнице (чл. 416, ст. 1); одлучује да оптуженом председник већа усмено саопшти пресуду или да му се она достави (чл. 425, ст. 4); одређује и укида притвор након изрицања првостепене пресуде (чл. 425а, ст. 1).

[48] Горан Илић *et al*., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2013, 128.

[49] Тако, постојаће апсолутна повреда одредаба кривичног поступка ако је у конкретном случају судило веће састављено од једног судије и двоје судија поротника уместо у саставу од двоје судија и троје судија поротника (решење Врховног суда Србије Кж. I 1215/2004 од 26. априла 2004). Такође, првостепени суд је непрописно састављен и кад суди у већу састављеном од једног судије и троје судија поротника, уместо од једног судије и двоје поротника (решење Врховног суда Србије Кж. I 145/2004 од 15. марта 2005). Ако се у току главног претреса покаже да је за суђење за конкретно кривично дело надлежно веће састављено од двоје судија и троје судија поротника, суд је у том случају дужан да допуни веће и да главни претрес започне изнова (решење Врховног суда Србије Кж. I 607/2009 од 1. априла 2009). Постојаће битна повреда одредаба кривичног поступка и у случају када су у изрицању пресуде учествовали судије поротници који нису одлучивали на главном претресу. Такође, ако је у изрицању пресуде учествовао судија поротник који није суделовао на главном претресу када главни претрес није почео изнова саслушањем оптужених иако је у саставу већа измењен један судија поротник, постојаће битна повреда одредаба кривичног поступка (решење Врховног суда Србије Кж. I 7/2005 од 12. децембра 2005). Вреди скренути пажњу на чињеницу да се решењем о исправци решења не може мењати састав већа које је донело првобитно решење, будући да је такво веће било ненадлежно у моменту одлучивања (решење Апелационог суда у Београду Кж2. 2862/2011 од 25. августа 2011). Али, ако је у записнику о главном претресу погрешно наведено име једног судије поротника који је од почетка учествовао на главном претресу, тиме није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка (пресуда Врховног суда Србије Кж. I 954/2004 од 12. маја 2005). Међутим, ко може више може и мање, па неће постојати повреда одредаба кривичног поступка у ситуацији када јавни тужилац на главном претресу измени правну оцену дела тако што га квалификује по блажем кривичном закону, па суд настави да суди у већу тројице уместо петорице (пресуда Врховног суда Србије Кж. I 2375/2006 од 8.

Професор Шкулић запажа да су примедбе које су упућене постојећем систему поротном суђења у Србији углавном оправдане, али се из њих не може априорно извући закључак да судије-поротнике треба потпуно елиминисати из српског кривичног правосуђа јер то, с једне стране, не би било оправдано „с обзиром да је начело зборности уставни принцип који се мора поштовати, а већ сада је толико проширена надлежност судије појединца односно инокосних облика кривичног суда уопште, да то скоро доводи у питање изузетност таквог суђења. С друге стране, не би било рационално да се бројчани однос судија професионалаца и судија-поротника мења тако да професионалци буду у већини, јер би то у неким мањим судовима скоро било и немогуће, значајно би оптеретило и иначе прилично оптерећене судове, а било би и крајње нерационално да су у саставу судских већа искључиво судије професионалци. Коначно, проблем судија-поротника, односно, увелико уочене њихове изразите неактивности у пракси и недовољно квалитетног рада, не треба решавати њиховим укидањем, већ једноставно – далеко бољом селекцијом тих лаичких судија, који чак и не морају бити правни лаици, већ могу бити и правници у пензији или радно активни правници, па чак и истакнути правни стручњаци који нису судије, односно, могу да буду одлични стручњаци из других области, чије познавање може бити веома корисно и у кривичном поступку, као што је то на пример, случај са судијама-поротницима посебног профила који постоје у поступку према малолетницима“.[50]

На крају ових разматрања наглашавамо истраживање проф. др Марка Павловића, које је показало да више од половине судија поротника има завршену средњу школу. На узорку од 2.579 поротника, 43,28% су незапослена лица, 47,61% пензионери а тек 9,1% запослена лица.[51]

3. ПОРОТНИ СИСТЕМ У ХРВАТСКОЈ

Када су у питању кривичнопроцесна законодавства земаља у региону, професор Марковић указује на то да је почетак XX века

фебруара 2007). Иако се у том случају није радило о пороти него о већу састављеном од судија професионалаца, важиће иста правила и у случају судија поротника.

[50] Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 94. Насупрот томе, Колаковић Бојовић наглашава негативан утицај који тај принцип има на ефикасност кривичног поступка и чисто формалну улогу судија поротника у српском кривичном поступку. Вид. Милица Колаковић Бојовић, *Окончање кривичног поступка у разумном року*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 163–177 и 275.

[51] Марко Павловић, „Судије поротници и владавина права“, *Crimen* 7(2)/2015, 170.

донео шаренило у погледу учешћа лаика у суђењу, па имамо државе које су имале мешовите судове, али и оне са поротним судовима.[52] У Славонији и Далмацији је својевремено постојао суд који се састојао из два колегијума: први је образовало троје државних судија, а други дванаест поротника, при чему су се поротници изјашњавали о томе да ли је окривљени крив за извршено кривично дело или није, а од тога је зависила пресуда суда. Значи, поротници су били задужени за чињенична питања, а судије за правна.[53] Затим, Чепуло и Павичић наводе да је чак у XIX веку постојао, на тим просторима, својеврстан именик као регистар судија поротника, у који је уписиван свако ко је задовољавао услове: 30 до 60 година старости, познавање читања и писања, порески цензус од 20 форинти или 24 године старости најмање и висок ступањ стручне спреме, а посебно су били наведени разлози за немогућност вршења дужности поротника.[54]

На подручју Истре, која је тада била под аустријском влашћу, 1850. године донет је Закон о кривичном поступку, којим је уведена порота. Стварна надлежност поротног суда, због материјалних уштеда и спречавања одуговлачења поступка, била је ограничена на поједина кривична дела као што су: сметање унутрашњег мира државе, устанак и буна, злоупотреба службене дужности и примање поклона у службеним стварима, фалсификовање новца, силовање, убиство, прекид трудноће противно знању и вољи мајке, двобој, службена проневера, разбојништво, бигамија итд.[55] Поротни суд у Истри се састојао из „судишта и дванаест поротника“, при чему је „судиште“ било представљено од пет судија, то јест председника већа и челворице судија.[56] Анализа поротних суђења за период од 1874. до 1912. године на подручју Ровиња показала је да порота није била блага (што је представљало једну од критика пороте у другим европским државама), те је донела 70,73% осуђујућих, а 29,22% ослобађајућих пресуда.[57]

---

52 Б. Марковић, 98. О учешћу судија поротника у Хрватској вид. Sanja Kutnjak Ivkovic, *Lay Participation in Criminal Trails: The Case of Croatia*, Austin – Winfield 1999.

53 Б. Марковић*,* 98.

54 Dalibor Čepulo, „Sloboda tiska i porotno suđenje u banskoj Hrvatskoj 1848–1918. godine“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 7(1)/2000, 948–949; Anamarija Pavičić, „Sudjelovanje sudaca porotnika u kaznenim postupcima pred Županijskim sudom u Zagrebu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 12(1)/2005, 66.

55 За више информација вид. Dunja Pastović, „Porotno suđenje u Istri prema Zakonu o kaznenom postupku iz 1850“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 20(1)/2013, 203–264.

56 *Ibid*., 209–210.

57 Вид. Dunja Pastović, „Analiza prakse porotnog suda u Rovinju 1874.-1918.“, *Zagrebačka pravna revija* 4(1)/2015, 11–39.

Прескачући период заједничке државе, за који ћемо само навести да се као један од најбољих и најпотпунијих прописа којима је био регулисан поступак избора судија поротника након Другог светског рата наводи Закон о судовима Хрватске[58, 59], укратко ћемо се, прво, осврнути на ЗКП с краја XX века. Према тим решењима, грађани су учествовали у суђењу, као и у Србији, знатно чешће него данас. Но, пре тога ћемо навести да у Хрватској постоје четири суда: општински, жупанијски (окружни), Високи казнени суд и Врховни суд. Број поротника је и у том систему, у већу, био већи од броја судија професионалаца, а то су била или већа састављена од једног судије и двоје судија поротника или од двоје судија и троје судија поротника.[60] Према том законском тексту, лаици су могли да учествују у суђењу у свим инстанцама суђења, па је чак и Врховни суд, када суди у другом степену на претресу, био састављен од двоје судија и троје судија поротника.[61]

Најновијим ЗКП-ом[62] законодавац је унео промене у тој сфери. У општинским судовима, који суде за кривична дела за која је запрећена казна затвора од пет до дванаест година или новчана казна, састављају се већа од једног судије и двоје судија поротника (чл. 19б). Међутим, када је за кривично дело запрећена казна затвора до десет година или новчана казна, странке могу да се, до почетка главног претреса, сагласе да се поступак спроведе пред судијом појединцем, који иначе суди за сва кривична дела са запрећеном казном затвора до пет година (чл. 19б, ст. 3), осим за таксативно набројана кривична дела.[63] Дата сагласност се не може опозвати, а судија појединац у том случају има сва овлашћења која иначе има трочлано веће. Жупанијски судови суде у већима састављеним од једног судије и двоје судија поротника, а у већима од двоје судија и троје судија по-

58 Zakon o sudovima, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 110/97, 27/98, 58/99 и 112/99. Важећи Zakon o sudovima је из 2013. године, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 28/13, 33/15, 82/15 и 82/16.

59 V. Ljubanović, 64.

60 О томе на конкретним примерима: Beatrix Elsner *et al*., „The Criminal Justice Approach: Case Examples", *European Journal on Criminal Policy and Research* 14(2–3)/2008, 131–132.

61 *Ibid*., 131–132.

62 Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/11, 143/11, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

63 То су следећа кривична дела: чедоморство, убиство на захтев, нехатно лишење живота, помагање у самоубиству, полни однос са немоћним лицем, присиљавање на полни однос, полни однос злоупотребом положаја, искоришћавање деце или малолетника за порнографију, тешка кривична дела против здравља људи, изазивање саобраћајне незгоде, убиство, силовање, тешка кривична дела против животне средине и тешка кривична дела против опште сигурности. Дакле, за та кривична дела увек суди веће.

ротника за кривична дела за која се може изрећи казна дугогодишњег затвора (чл. 19д, ст. 1). Дакле, законодавац у Хрватској и даље верује у неправи систем пороте, што је поткрепљено и релативно недавно проведеним истраживањем у тој држави.[64]

Судије поротници се бирају на четири године и могу бити поново изабрани на ту функцију, а услов је достојност за вршење функције. Занимљиво истраживање је спроведено у Општинском суду у Копривници, где 44% узорка представљају реизабрани поротници; 61% испитаника сматра да располажу правничким знањем (иако је свега двоје испитаника запослено као службеници у суду), а 39% да не располажу; 89% њих је изјавило да их председник већа пре почетка главног претреса упозна са кривичним предметом; троје поротника је изјавило да им је увек дозвољено да постављају питања, девет повремено, а шест да им то никад није дозвољено; једанаест поротника сматра да је увек довољно упознато са предметом, шест није упознато у довољној мери, а један није уопште упознат; двоје поротника се изјаснило да су питани за мишљење у вези са кривицом, шесторо их је питано за мишљење у вези са кривичном санкцијом, четворо за оба питања, а пет да нису уопште питани за мишљење о наведеним питањима; коначно, једанаест поротника је навело да њихово мишљење никад није било у супротности са мишљењима судија професионалаца и осталих поротника, седам да се то догађало понекад.[65]

4. ПОРОТНИ СИСТЕМ У МАКЕДОНИЈИ

Као ни друге државе у региону, ни Македонију није заобишла реформа кривичног процесног законодавства. Она је у Македонији имала два главна и паралелна циља: убрзање поступка и његово чињење ефикаснијим и унапређење непристрасности суда и његове праведности.[66] У реформи је редефинисана улога процесних субјеката у кривичном поступку, наглашен је значај диспозиције

---

[64] За више информација вид. Sanja Kutnjak Ivković, „An Inside View: Professional Judges' and Lay Judges' Support for Mixed Tribunals", *Law & Policy* 2/2003, 93–122.

[65] За више о овом истраживању вид. Vesna Piškorec, „Suci porotnici u kaznenom postupku, s posebnim osvrtom na sudjelovanje sudaca porotnika u kaznenim postupcima na Općinskom sudu u Koprivnici", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 10(1)/2003, 109–121.

[66] Gordan Kalajdžiev, Gordana Lažetić Bužarovska, „Acceleration of Proceedings – One of the Aims of Criminal Procedure Reform in the Republic of Macedonia", *Simplified Forms of Procedure in Criminal Matters: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. Stanko Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2013, 108.

странака и могућност избегавања редовног кривичног поступка, а тиме и рационализације и спровођења казнене правде.[67] Напуштен је стари систем, јер се више није веровало суду и његовој непристрасности, те се пришло процедуралној правди, заснованој на лаком утврђивању истине у току поступка.[68] Законодавац је одлучио да напусти судски патернализам и увео је страначки поступак, по угледу на Италију.[69]

Међутим, целовита промена кривичнопроцесног система није утицала на састав судских већа. У Македонији, као и у претходно описане две државе, постоје велико и мало веће, зависно од казне запрећене за конкретно кривично дело. Тако, првостепено веће састављено од двоје судија и троје судија поротника надлежно је да суди за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од петнаест година или тежа казна, те казна доживотног затвора, док је за кривична дела за која је прописана блажа казна надлежно веће састављено од једног судије и двоје судија поротника. Судија појединац је надлежан да суди за кривична дела за која је као главна прописана новчана казна или казна затвора до пет година (чл. 25, ст. 1 ЗКП Македоније).[70] Када у другом степену суди на расправи, веће је састављено од двоје судија и троје судија поротника, док је, у супротном, састављено од пет судија када суди за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од петнаест година или тежа казна, те казна доживотног затвора, а за кривична дела за која је прописана блажа казна надлежно веће је састављено од троје судија (чл. 25, ст. 2 ЗКП Македоније). Коначно, у трећем степену веће је састављено

[67] Gordana Lažetić Bužarovska, Boban Misoski, „Plea Bargaining under the CPC of the Republic of Macedonia“, *Simplified Forms of Procedure in Criminal Matters: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. Stanko Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2013, 223.

[68] Гордана Лажетић Бужаровска, Гордан Калајџиев, „Главна расправа према ЗКП Македоније (теорија и пракса)“, *Главни претрес и суђење у разумном року: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2015, 112.

[69] Nikola Matovski, Gordan Kalajdziev, „Efficiency of Prosecutorial Investigation in Contrast to Efficiency of the Defence in Reformed Criminal Procedure (with a particular view on the new Macedonian CPC)“, *Prosecutorial Investigation: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. Stanko Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2014, 259. Иначе, Италија је послужила као узор због тога што је то прва европска држава која се окренула англоамеричком законодавству, имплементирајући, примера ради, споразум о признању кривице. Вид. Вељко Турањанин, „Споразум о признању кривице у праву европских земаља – примјер Италије“, *Страни правни живот* 55(2)/2011, 147–166; Вељко Турањанин, *Споразум о признању кривичног дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2016.

[70] Закон о кривичном поступку, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 150/10.

од петоро судија (чл. 25, ст. 3 ЗКП Македоније). Као што видимо, само у трећем степену не може доћи до ситуације да суди веће у коме се налазе и судије поротници.

5. ПОРОТНИ СИСТЕМ У СЛОВЕНИЈИ

Словенија је прва држава у региону која је постала чланица Европске уније. Међутим, њен законодавни развојни пут је био специфичан. Распад бивше Југославије и формирање самосталне државе нису довели до осмишљеног пута у креирању законодавства. На пољу кривичног процесног законодавства било је лутања у покушајима да се формулише стабилан кривични поступак, па су решења кројена како због тренутних потреба, одлука Уставног суда Словеније, потреба увођења нових правних института, тако и због реализације аката Европске уније.[71] Нови Законик о кривичном поступку донет је 2012. године[72] и њиме је замењен дванаест пута мењан[73] законски текст који је важио од 1995. године.[74] Словеначки поротни систем наликује на описане, с тим што има и одређених разлика. Када је у питању расподела већа по тежини кривичног дела, ситуација је идентична македонској. Дакле, за кривична дела за која је прописана казна затвора од петнаест година или тежа казна, суди велико веће, састављено од двоје судија и троје судија поротника. Међутим, мало веће, састављено од једног судије и двоје судија поротника, суди и за кривична дела за која је прописана блажа санкција и за кривична дела против части и угледа, те кривична дела извршена путем штампе, телевизије или других средстава јавног информисања. Судија појединац је надлежан да суди за кривична дела запрећена казном затвора до три године. У другом степену суди веће које је састављено од троје судија, а у трећем степену веће од петоро судија (чл. 25 ЗКП Словеније). Дакле, у Словенији је учешће грађана у суђењу предвиђено само у првостепеном поступку.

---

[71] Звонко Фишер, „Тужилац као субјекат главног претреса – словеначко законодавство и искуства“, *Главни претрес и суђење у разумном року: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2015, 142.

[72] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник Републике Словеније*, бр. 32/2012.

[73] Katja Šugman Stubbs, „The Concept of the Phase of Investigation and Slovenian Criminal Procedure Legislation“, *Prosecutorial Investigation: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. Stanko Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2014, 88.

[74] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник Републике Словеније*, бр. 63/94.

6. СТРУКТУРА СУДСКИХ ВЕЋА У КРИВИЧНОПРОЦЕСНИМ СИСТЕМИМА БЕЗ СУДИЈА ПОРОТНИКА

6.1. Босна и Херцеговина

У Босни и Херцеговини је постојала неправа порота каква и данас постоји у више држава. Судије професионалци и судије поротници формирали су једно јединствено веће чије функције нису биле подељене, па су заједнички решавали и чињенична и правна питања.[75] Међутим, истраживање из давне 1974. године показало је да судије професионалци не поклањају поверење поротницима.[76] Данас је Босна и Херцеговина прва држава у региону која је прешла на суђење пред, искључиво, судијама професионалцима. Не улазећи у посебну анализу сваког закона о кривичном поступку (будући да их има четири: Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Дистрикта Брчко), због њихове сличности на овом пољу, навешћемо само основне карактеристике које су значајне за овај рад. Према Закону о кривичном поступку Републике Српске[77], у првом степену судови суде у већима састављеним од троје судија, а за кривична дела за која је као главна прописана казна затвора до десет година или новчана казна суди судија појединац. У другом и трећем степену суди веће састављено од троје судија, а Врховни суд суди у већу од пет судија када одлучује о захтеву за заштиту законитости (чл. 24 ЗКП). Према Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине[78], у првом степену суди веће кривичног одељења састављено од тројице судија за кривична дела за која је запрећена казна затвора преко десет година, а у другом степену и трећем степену суди веће апелационог одељења састављено од троје судија (чл. 24 ЗКП). Слично решење је предвиђено Законом о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине[79], према којем у првом степену суди судија појединац за кривична дела за која је запрећена затворска казна до десет година, док веће састављено од троје судија суди за тежа кривична дела, а у другом степену суди веће апелационог одељења суда састављено од тројице судија (чл. 25 ЗКП). На крају,

---

75 Б. Марковић, 98.

76 S. Kutnjak Ivković (2003), 103.

77 Закон о кривичном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/12.

78 Закон о кривичном поступку, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/7, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13.

79 Закон о кривичном поступку, *Службени гласник Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 и 12/10.

законодавац је у Дистрикту Брчко[80] регулисао састав већа тако што је прописао да основни суд суди у првом степену састављен од троје судија за кривична дела за која је као главна казна запрећена казна затвора преко десет година, а за дела са нижом запрећеном казном суди судија појединац. Апелациони суд у другом и трећем степену, када суди по жалбама и по ванредним правним лековима, састављен је од троје судија (чл. 23 ЗКП).

6.2. Црна Гора

Србија и Црна Гора су дуго времена биле нераздвојне земље, па су тако и законска решења била скоро идентична. Међутим, готово одмах након осамостаљења, Црна Гора је одустала од лаика у кривичном поступку и окренула се путу којим је пошла Босна и Херцеговина. Тако, данас црногорско законодавство више не познаје поротни систем, али је постављено питање сагласности тог решења са Уставом Црне Горе.[81] У садашњем Уставу је прописано да у суђењу учествују судије поротници када је то прописано законом (чл. 119 Устава), чиме је законодавцу остављен избор између пороте и већа састављеног искључиво од судија професионалаца, за разлику од некадашњег Устава којим је било одређено да у суђењу учествују судије поротници на начин утврђен Уставом, одакле произилази да је таква одредба императивна.[82] Према позитивноправним прописима Црне Горе, у првом степену суди веће састављено од троје судија за дела за која се може изрећи казна затвора преко десет година, а за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до десет година суди судија појединац, осим за кривична дела организованог криминала или ако законом није другачије прописано. У другом степену суди суд састављен од троје судија, а у трећем степену веће је састављено од пет судија (чл. 24 ЗКП). На крају можемо да споменемо и то да је, иако у Црној Гори грађани не учествују у суђењу, примећено да су повреде састава већа честе.[83]

7. ЗАКЉУЧАК

Поротни системи суђења, у различитим варијантама, постоје широм света. Састав судског већа које ће судити за извршена кривич-

[80] Закон о кривичном поступку, *Службени гласник Брчко Дистрикта*, бр. 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08, 17/09, 9/13 и 27/14.

[81] Д. Радуловић (2009а), 88.

[82] *Ibid*.

[83] Драго Радуловић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Правни факултет, Подгорица 2009, 60.

на дела разликује се од државе до државе, а све више се проширује надлежност судије појединца. Међутим, учешће грађана-лаика се све чешће ставља под знак питања. У раду смо се фокусирали на државе са простора бивше Југославије, објашњавајући њихове приступе у регулисању те сложене материје. Међу тим државама, само су се Босна и Херцеговина и Црна Гора окренуле потпуној професионализацији судства, и за пунолетне и за малолетне учиниоце кривичних дела, искључујући судије поротнике из кривичног поступка, док су остале и даље задржале учешће грађана у суђењу, али у различитим формама. У законодавству Републике Србије, правни институт мешовите пороте у српском праву не представља правни трансплантат модерног времена, којим многе државе посежу за законодавним решењима других земаља, већ га је познавало и средњовековно право, почев од Душановог законика. Међутим, у савременом добу порота какву познаје српско законодавство изгубила је сврху. Уместо да судије поротници, као представници народа, у кривичном поступку заузму активну улогу у суђењу, добили смо „леве и десне спаваче", који најчешће ни на који начин не учествују у поступку. Лепо је примећено да судије поротници учешћем у суђењу више дају привид зборности него што имају утицаја на решавање кривичне ствари.[84] Такође, посао судије поротника у том случају за њих представља само додатни извор прихода, без труда са њихове стране. Сматра се и да су умногоме изневерена очекивања да ће учешће грађана допринети независности и непристрасности суда.[85] Треба да обратимо пажњу и на Пејксова запажања да учешће грађана у суђењу није фундаментални захтев правде већ је много значајније прихватање оних који доносе пресуду као независне и непристрасне, што држава треба да обезбеди, јер, у супротном, поротници треба да служе као непроцењива заштита од државе.[86]

Иако представља уставну категорију, законодавац улогу пороте све више маргинализује, што се нарочито огледа у последњим законодавним променама. Редукција кривичних дела за која је она надлежна те проширење надлежности судије појединца науштрб пороте јасно указују на постепено истискивање тог облика учешћа грађана у суђењу и на њено претварање у реликт прошлости. Једну од највећих сметњи, осим осећаја традиције, свакако представља и чињеница да је за тај корак неопходно променити и Устав Србије. Примедбе које се упућују овако регулисаном поротном систему највећим делом су оправдане, али не би било оправдано уклањати из

[84] Д. Радуловић (2009а), 84.

[85] М. Симовић, 78–79.

[86] F. Pakes, 122.

система лаички елемент у суђењу[87], ни због уставних принципа ни због демократичности друштва. Остављање грађана у судском поступку може да изазове шире друштвене и политичке ефекте, попут генералне превенције и повећања легитимности правног система.[88] У сваком случају, постојеће стање је натегнута конструкција и питање је какве ће резултате дати у пракси. С тим у вези, сматрамо да треба размишљати или о увођењу праве пороте, која такође има бројне и предности и недостатке, или о модернизацији постојеће мешовите пороте, макар као прелазно решење, у којој би се поротници бирали као да је у питању права англосаксонска порота. Постојеће решење по коме се поротници бирају на пет година и при томе у појединим судовима суде и у кривичним и у парничним поступцима показало се као неадекватно. Последњи потез законодавца више је, изгледа, усмерен ка минималном задовољавању поменуте уставне одредбе, а даље, ако предложена уставна одредба заживи, потенцијално је могуће да ће поротници бити потпуно уклоњени из кривичног поступка. Треба створити такав систем суђења у коме ће заиста бити оправдано рећи и написати да се пресуда доноси и објављује *у име народа*. А то ће бити могуће само уколико народ буде заиста верно представљен у судници.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Бејатовић, С., „Нови Законик о кривичном поступку – крај реформе или само један корак у процесу реформе?“, *Правни информатор* 16(9)/2013. (Bejatović, S., „Novi Zakonik o krivičnom postupku – kraj reforme ili samo jedan korak u procesu reforme?“, *Pravni informator* 16(9)/2013)

Бејатовић, С. *et al.*, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2013. (Bejatović, S. *et al.*, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd 2013)

Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд 2016. (Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2016)

Бугарски, Т., „Судије поротници и оцена доказа по слободном судијском уверењу“, *Зборник Правног факултета у Новом*

87 Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2007, 130.

88 Stefan Machura, „Silent Lay Judges – Why Their Influence in the Community Falls Short of Expectations“, *Chicago-Kent Law Review* 86(2)/2011, 770; V. Hans (2012), 3.

Саду 3/2014. (Bugarski, T., „Sudije porotnici i ocena dokaza po slobodnom sudijskom uverenju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2014)

Бугарски, Т., *Улога поротника у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016. (Bugarski, T., *Uloga porotnika u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2016)

Čepulo, D., „Sloboda tiska i porotno suđenje u banskoj Hrvatskoj 1848–1918. godine“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 7(1)/2000.

Чворовић, Д., Турањанин, В., „Улога пороте у француском кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015. (Čvorović, D., Turanjanin, V., „Uloga porote u francuskom krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2015)

Dudzinski, J., „Justification for Juries: A Comparative Perspective on Models of Jury Composition“, *University of Illinois Law Review* 4/2013.

Elsner B. *et al*., „The Criminal Justice Approach: Case Examples“, *European Journal on Criminal Policy and Research* 14(2–3)/2008.

Фишер, З., „Тужилац као субјекат главног претреса – словеначко законодавство и искуства“, *Главни претрес и суђење у разумном року: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2015. (Fišer, Z., „Tužilac kao subjekat glavnog pretresa – slovenačko zakonodavstvo i iskustva“, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd 2015)

Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, Delmar Cengage Learning, New York 2012.

Hans, V., „The Twenty-First Century Jury: Worst of Times or Best of Times?“, *Criminal Law Brief* 1/2006.

Hans, V., „Jury Systems around the World“, *Cornell Law Faculty Publications paper* 305/2008.

Hans, V., „What Difference Does a Jury Make“, *Yonsei Law Journal* 3/2012.

Илић, Г. *et al*., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2013. (Ilić, G. *et al*., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2013)

Jackson, J., Kovalev, N., „Lay Adjudication and Human Rights in Europe“, *Columbia Journal of European Law* 13(1)/2006.

Jimeno-Bulnes, M., „American Criminal Procedure in a European Context“, *Cardozo Journal of International Law & Comparative Law* 21(2)/2013.

Jimeno-Bulnes, M., „A Different Story Line for 12 Angry Man: Verdicts Reached by Majority Rule – the Spanish Perspective“, *Chicago-Kent Law Review* 82(2)/2007.

Јовановић, М., *Порота средњовековне Србије*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1959. (Jovanović, M., *Porota srednjovekovne Srbije*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd 1959)

Kalajdžiev, G., Lažetić Bužarovska, G., „Acceleration of Proceedings – One of the Aims of Criminal Procedure Reform in the Republic of Macedonia“, *Simplified Forms of Procedure in Criminal Matters: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. S. Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2013.

Клајн, И., Шипка, М., *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2011. (Klajn, I., Šipka, M., *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Prometej, Novi Sad 2011)

Колаковић Бојовић, М., *Окончање кривичног поступка у разумном року*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Kolaković Bojović, M., *Okončanje krivičnog postupka u razumnom roku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)

Kutnjak Ivković, S., *Lay Participation in Criminal Trails: The Case of Croatia*, Austin – Winfield 1999.

Kutnjak Ivković, S., „An Inside View: Professional Judges’ and Lay Judges’ Support for Mixed Tribunals“, *Law & Policy* 2/2003, 93–122.

Langbein, J., „Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need“, *American Bar Foundation Research Journal* 6(1)/1981.

Lažetić Bužarovska, G., Misoski, B., „Plea Bargaining under the CPC of the Republic of Macedonia“, *Simplified Forms of Procedure in Criminal Matters: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. S. Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2013.

Лажетић Бужаровска, Г., Калајџиев, Г., „Главна расправа према ЗКП Македоније (теорија и пракса)“, *Главни претрес и суђење у*

разумном року: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2015. (Lažetić Bužarovska, G., Kalajdžiev, G., „Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa)", *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd 2015)

Ljubanović, V., *Sudjelovanje građana u suvremenom jugoslovenskom krivičnom suđenju*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1983.

Machura, S., „Silent Lay Judges – Why Their Influence in the Community Falls Short of Expectations", *Chicago-Kent Law Review* 86(2)/2011.

Марковић, Б., *Расправе из кривичног поступка*, Геца Кон, Београд 1914. (Marković, B., *Rasprave iz krivičnog postupka*, Geca Kon, Beograd 1914)

Matovski, N., Kalajdziev, G., „Efficiency of Prosecutorial Investigation in Contrast to Efficiency of the Defence in Reformed Criminal Procedure (with a particular view on the new Macedonian CPC)", *Prosecutorial Investigation: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. S. Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2014.

McCord, J., McCord, S., *Criminal Law and Procedure for the Paralegal*, West Legal Studies, New York 2005.

Munday, R., „Jury trial, continental style", *Legal Studies* 13(2)/1993.

Neubauer, D., Fradella, H., *America's Courts and the Criminal Justice System*, Cengage, Boston 2018.

Pakes, F. J., *Comparative Criminal Justice*, Willan Publishing, Portland 2010.

Pastović, D., „Porotno suđenje u Istri prema Zakonu o kaznenom postupku iz 1850", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 20(1)/2013.

Pastović, D., „Analiza prakse porotnog suda u Rovinju 1874.-1918.", *Zagrebačka pravna revija* 4(1)/2015.

Павловић, М., „Судије поротници и владавина права", *Crimen* 7(2)/2015. (Pavlović, M., „Sudije porotnici i vladavina prava", *Crimen* 7(2)/2015)

Pavičić, A., „Sudjelovanje sudaca porotnika u kaznenim postupcima pred Županijskim sudom u Zagrebu", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 12(1)/2005.

Piškorec, V., „Suci porotnici u kaznenom postupku, s posebnim osvrtom na sudjelovanje sudaca porotnika u kaznenim postupcima na Općinskom sudu u Koprivnici“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 10(1)/2003.

Pizzi, W., *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Rebuild It?*, New York – London 1999.

Полак, Ђ. *et al*., *Приручник за судије поротнике војних судова*, Војноиздавачки завод ЈНА, Београд 1960. (Polak, Đ. *et al*., *Priručnik za sudije porotnike vojnih sudova*, Vojnoizdavački zavod JNA, Beograd 1960)

Радуловић, Д., *Кривично процесно право*, Правни факултет, Подгорица 2009. (Radulović, D., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Podgorica 2009)

Радуловић, Д., *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Правни факултет, Подгорица 2009. (Radulović, D., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Pravni fakultet, Podgorica 2009)

Samaha, J., *Criminal Procedure*, Wadsworth Cengage Learning, Belmont 2012.

Seetahal, D., *Commonwealth Caribbean Criminal Practice and Procedure*, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney 2001.

Симовић, М., *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ 2005. (Simović, M., *Krivično procesno pravo – uvod i opšti deo*, Bihać 2005)

Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)

Шкулић, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2007. (Škulić, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2007)

Šugman Stubbs, K., „The Concept of the Phase of Investigation and Slovenian Criminal Procedure Legislation“, *Prosecutorial Investigation: Regional Criminal Procedure Legislation and Experiences in Application* (ed. S. Bejatović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2014.

Thaman, S., „Europe’s New Jury System: The cases from Spain and Russia“, *Law and Contemporary Problems* 62(2)/1999.

Thaman, S., „The Good, the Bad, or the Indifferent: 12 Angry Man in Russia“, *Chicago-Kent Law Review* 82(2)/2007.

Thaman, S., „The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond", *Cornell International Law Journal* 40(2)/2007.

Турањанин, В., „Увођење адверсарног система у Русији кроз приказ два најважнија института: пороту и споразум о признању кривице", *Гласник права* 3/2011. (Turanjanin, V., „Uvođenje adversarnog sistema u Rusiji kroz prikaz dva najvažnija instituta: porotu i sporazum o priznanju krivice", *Glasnik prava* 3/2011)

Турањанин, В., „Споразум о признању кривице у праву европских земаља – примјер Италије", *Страни правни живот* 55(2)/2011. (Turanjanin, V., „Sporazum o priznanju krivice u pravu evropskih zemalja – primjer Italije", *Strani pravni život* 55(2)/2011)

Турањанин, В., „Поротни систем у Шпанији", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Б. Влашковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013. (Turanjanin, V., „Porotni sistem u Španiji", *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije* (ur. B. Vlašković), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2013)

Turanjanin, V., „European Systems of Jury Trials", *US-China Law Review* 2/2015.

Турањанин, В., *Споразум о признању кривичног дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2016. (Turanjanin, V., *Sporazum o priznanju krivičnog dela*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016)

Турањанин, В., „12 гневних људи: порота у Русији", *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)* (ур. С. Бејатовић), Интермекс – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2016. (Turanjanin, V., „12 gnevnih ljudi: porota u Rusiji", *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (Poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)* (ur. S. Bejatović), Intermeks – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2016)

Васиљевић, Т. *et al*., *Учешће грађана у суђењу на територији Социјалистичке Аутономне Покрајине Војводине*, Завод за научноистраживачки рад Правног факултета, Нови Сад 1975. (Vasiljević, T. *et al*., *Učešće građana u suđenju na teritoriji Socijalističke Autonomne Pokrajine Vojvodine*, Zavod za naučnoistraživački rad Pravnog fakulteta, Novi Sad 1975)

Важић, С., „Систем и улога пороте у кривичном поступку (искуства у примени и предлози *de lege ferenda*)", *Нова решења у кривичном поступку и досадашња искуства у њиховој примени* (ур. С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2006. (Važić, S., „Sistem i uloga porote u krivičnom postupku (iskustva u primeni i predlozi *de lege ferenda*)", *Nova rešenja u krivičnom postupku i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni* (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2006)

Veljko Turanjanin, PhD

Assistant Professor
University of Kragujevac, Faculty of Law

Dragana Čvorović, PhD

Assistant Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies

COMPOSITION OF THE CRIMINAL COURTS

Summary

The composition of a criminal court stands as one of the most interesting issues in the comparative law. Different viewpoints when it comes to the need of including non-professional citizens in the contemporary criminal procedure have contributed to interesting approaches related to regulating this issue. First of all, there are original jury systems that are a feature related mainly to the Anglo-American legal systems, but whose ideas have found their place in the European legislature as well. Furthermore, there are countries where the trial body stands as a separate authority, which consists of professional judges and lay judges, whereas some of the countries have both professional judges and lay judges, the first being in charge of resolving legal issues, and the second ones being in charge of factual issues. There are many articles devoted to the jury systems in the world, but in a very small proportion of them we could find solutions from the mixed court of the Balkan countries. Mixed court is one of the features continental countries. The authors compare Balkan countries, where Slovenia and Croatia being the European Union Members, whereas the rest of them are in the process of accession. Thereby, some of the countries strive to get their courts become more professional

by leaving out citizens non-professional from the composition of trial chamber, while some of them have kept them, whereby the scope of their jurisdiction varies from one country to another. Today, it is a great question whether a mixed court will survive legislative changes, due to the criticism of the jurists and non-jurists.

Key words: *Jury. – Mixed court. – Professional judges. – Lay judges.*

Article history:
Received: 26. 10. 2017.
Accepted: 10. 4. 2018.

УДК 347.468

CERIF: S130

Снежана Дабић, мастер[*]

ПРЕДУГОВОРНА ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ЈЕМАЦА[**]

Упоредноправна судска пракса сведочи о честој појави да јемци тврде да су, при закључењу уговора, били жртве преваре, односно да нису били довољно информисани о тешкој финансијској ситуацији дужника. Наиме, при закључењу уговора о јемству, повериоци јемаца (нарочито, банке) често располажу информацијама на основу којих се једноставно може проценити кредитна способност дужника и реална могућност да он преузету обавезу испуни. Управо у вези са тим се поставило питање: да ли су повериоци дужни да о томе обавесте јемца пре закључења уговора? И какве су последице по закључени уговор о јемству уколико они то пропусте да учине? Та питања би, на први поглед, могла да зачуде. Није ли дужник тај који налази јемца и обавештењима о себи и дугу утиче на његову вољу да јемчи? Штавише, није ли јемац, због свог односа са главним дужником, у бољој позицији од повериоца да зна стварни ризик свог обвезивања? Шта уколико је, упркос томе, јемац био у заблуди о солвентности дужника јер није добио (тачна или никаква) обавештења ни од дужника ни од повериоца? Може ли он да захтева поништење уговора о јемству због преваре?

Кључне речи: *Јемство. – Мане воље. – Превара. – Дужност обавештавања.*

[*] Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.*

[**] Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину.

1. ПОНИШТЕЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА О ПРЕВАРИ

Питање пуноважности уговора о јемству готово је занемарено у домаћој теорији.[1] У литератури се само уопштено помиње, у складу са изричитом одредбом закона, да јемац може истаћи против повериоца и своје личне приговоре, примера ради, ништавост уговора о јемству, застарелост повериочевог потраживања према њему, приговор пребијања узајамних потраживања.[2] С друге стране, упоредноправна доктрина и судска пракса озбиљно су се посветиле питању постојања предуговорне дужности обавештавања, па и оне која иде на терет повериоца, у корист јемаца, и услова под којима би се повреда те дужности санкционисала.[3] Тај утицај је био довољно снажан да су поједина законодавства у своје изворе облигационог права унела изричиту одредбу о предуговорној дужности обавештавања.[4]

[1] Једини домаћи аутор који је отворио тако важно питање и указао на главне проблеме и утицај мањљивости јемчеве воље на закључен уговор јесте професор Хибер. Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 330 и даље.

[2] Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, последње измене бр. 1/2003, чл. 1009, ст. 3; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2014, 374; Божидар Павићевић, *Коментар ЗОО* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), II књига, Београд 1980, 593; Владан Станковић, *Коментар ЗОО* (ред. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), II књига, Крагујевац 1980, 993; Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар ЗОО*, Загреб 1979, 2796.

[3] За француско право вид. Michel Cabrillac *et al.*, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 73, 228 и даље; Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles* (sous la direction de Jacques Ghestin), Paris 2010, 225 и даље; Philippe Simler, *Traités, Cautionnement, Garanties autonomies, Garanties indemnitaires*, Paris 2008, 143 и даље, 432 и даље; Jérôme François, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004, 91 и даље; Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie-Noëlle Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Paris 2016, 77 и даље. За швајцарско право вид. Philippe Meier, „Article 492“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2012, 2907 и даље; Carlo Lombardini, *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008, 927 и даље; Pierre Engel, *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000, 643; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016, 927 и даље. За право земаља англосаксонског система вид. Pierre Legrand Jr, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies* 6(3)/1986, 322 и даље; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2016, 363; John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London 2012, 808 и даље; Neil Andrews, *Contract Law*, Cambridge 2015, 254; Peter Cane, Jane Stapleton, *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford 1991, 241–242; Page Keeton, „Fraud – Concealment and Non-Disclosure“, *Texas Law Review* 15(1)/1936, 1; Robert Adler, Richard Mann, „Good Faith: A New Look At An Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28(1)/1994, 33; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, 428; Anthony Duggan, Michael Bryan, Frances Hanks, *Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994.

[4] Вид. измењени француски Грађански законик (ФГЗ), чл. 1112–1. Вид. и аустријски Закон о заштити потрошача (*Konsumentenschutzgesetz – KSchG*), § 25c,

Јемци се најчешће позивају на то да су уговор о јемству закључили у заблуди о солвентности дужника[5], те да је та заблуда резултат преваре, било од стране дужника, било од стране повериоца. Чини се, међутим, да се на путу до заштите својих права, позивањем на правила о превари, јемци сусрећу са неколико озбиљних препрека.[6]

1.1. Утицај преваре трећег на пуноважност уговора о јемству

Ако је уговор о јемству закључен под преваром, она најчешће потиче од главног дужника.[7] То је само по себи разумљиво. Дужник проналази јемца и утиче на његову вољу да јемчи. Осим тога, он је тај који има посебан интерес да крије, па чак и „улепшава" своје финансијско стање, са циљем да јемца убеди да се обавеже. С друге стране, уговор о јемству се закључује између *повериоца и јемца*; за тај однос, главни дужник представља треће лице. Може ли се јемац уопште позвати на превару која потиче од трећег?

1.1.1. Свест повериоца о превари трећег

Свим већим европскоконтиненталним правним системима заједничко је то да превара трећег утиче на пуноважност уговора уколико је поверилац за њу знао.[8] Знање сауговарача за превару трећег, праћено потпуно пасивним поступањем, несумњиво га чини саучесником трећег. Свест о превари трећег и њена злоупотреба обесмишљавају чињеницу да превара није директно и непосредно последица радњи сауговарача; ћутањем, он је једнако крив за ману у вољи друге стране, намерно је оставивши у њој, како би је навео на закључење уговора.

Примењено на уговор о јемству, свестан чињенице да је јемац жртва преваре дужника, поверилац се не би могао оправдано позивати на то да превара не потиче од њега и тиме спречити поништење

којим је установљена посебна дужност обавештавања у корист јемаца.

[5] Заблуда о солвентности дужника је важан, али не и једини пример заблуде о околности која значајно утиче на процену ризика јемчења. Осим ње, и уместо ње, може бити речи и о заблуди јемца о постојању другог средства обезбеђења или његовог ранга, заблуде о обиму обавезивања и о било којој другој околности која утиче на повећање ризика да ће јемац морати да испуни обавезу уместо дужика.

[6] A. Barthez, D Houtcieff, 237–238.

[7] У француској доктрини се помиње и случај преваре која потиче од сајемца. Вид. J. François, 96; A. Barthez, D. Houtcieff, 239.

[8] Такво решење је предвиђено и у нашем праву. Вид. ЗОО, чл. 65, ст. 3. Вид. измењени ФГЗ, чл. 1138; италијански Грађански законик (ИГЗ), чл. 1439, ст. 2; швајцарски Законик о облигацијама (ШЗО), чл. 28, ст. 2; аустријски Грађански законик (АБГБ), §875; немачки Грађански законик (БГБ), §123, ст. 2.

уговора о јемству. Пропустивши да јемца извуче из заблуде, поверилац и сам врши превару.[9]

У појединим правним системима, као што су француски и италијански, превара трећег једино и може утицати на пуноважност уговора уколико је поверилац за то *знао*. Ако он ње није био свестан, превара главног дужника може само утицати на уговор о јемчењу, којим се јемац обавезао дужнику да ће јемчити. Јемац би у том случају и даље био везан уговором о јемству, али би од дужника могао да захтева накнаду штете. То је, пак, без практичног значаја уколико је дужник инсолвентан.[10]

Немогућност да се повериоцу супротстави чињеница да је уговор о јемству закључен преваром дужника, па и онда када ње поверилац није свестан, поједини француски писци оштро критикују.[11] Мада се однос између повериоца и јемца заснива на посебном уговору, он нема никаквог смисла уколико се посматра самостално, независно од других, а посебно од односа између повериоца и дужника. Штавише, због акцесорности, постојање и дејства уговора о јемству „омеђена су судбином уговора из којег је настала обавеза за коју се јемчи".[12] На тај начин се и формира троугао, тространи однос између повериоца, јемца и главног дужника, у коме дужник игра централну улогу. Како истичу француски писци, поистоветити дужника са свим трећим лицима, „резултат је апстрактног и готово нереалног приступа".[13]

Иако такво схватање има смисла, не би се смела занемарити чињеница да би прихватање поништења уговора услед преваре дужника, при чему поверилац није имао ни улогу саучесника, могло представљати значајан удар на правну сигурност. То би нарочито могло да повреди интересе оних поверилаца који не само да нису знали за превару трећег већ то нису ни могли да знају.[14]

1.1.2. Претпостављена свест повериоца о превари трећег

У неким правним системима се отишло корак даље, па превара трећег има утицаја на закључени уговор не само онда када је сауго-

---

9 P. Simler, 158; J. François, 96.

10 Д. Хибер, М. Живковић, 335.

11 Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Paris 2015, 58; Phillippe Simler, Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016, 79.

12 Д. Хибер, М. Живковић, 283.

13 P. Simler, 159; A. Barthez, D Houtcieff, 238; J. François, 96; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 80.

14 A. Barthez, D Houtcieff, 239; J. François, 96.

варач за то знао него и када је *морао знати*. То решење је, осим у швајцарском, аустријском и немачком, прихваћено и у нашем праву.[15] Према чл. 65, ст. 3 ЗОО, ако је превару учинило треће лице, превара утиче на сам уговор уколико је друга уговорна страна у време закључења уговора *знала или морала знати за превару*.

Могућност поништења уговора и онда када сауговарач није знао али је морао знати за превару трећег посебно би могла бити важна у односу између повериоца и јемца. Није ли поверилац у појединим ситуацијама могао да претпостави да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи? Питање посебно добија значај када се у улози повериоца нађу професионалци, примера ради, банке. Оне имају дужност да процене дужникову кредитну способност.[16] Зар не би сазнање о тешкој материјалној ситуацији дужника, склоности ка неуредном испуњавању обавеза или неке друге околности које повећавају ризик јемчења били довољан сигнал да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи?

Тим идејама руководили су се и англосаксонски судови, посебно када је реч о најосетљивијој категорији јемаца – онима који су са главним дужником повезани породичним, пријатељским или другим непрофесионалним односом.[17] Како тада постоји појачана опасност недозвољеног утицаја дужника на јемца, судови су наметали банкама дужност обавештавања не само онда када је она заиста знала (*actual notice*) за превару трећег већ и када је требало да зна (*constructive notice*).[18] Како је објашњено у случају *Barclays Bank Plc v. O'Brien*[19], банка би, у таквим околностима, морала да претпостави да би дужник могао да се послужи лажима или прикривањем чињеница

---

[15] Вид. ШЗО, чл. 28, ст. 2; АБГБ, §875; БГБ, §123, ст. 2.

[16] Таква дужност предвиђена је и чл. 18 Закона о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

[17] Као најчешће, помиње се јемчење жене за дуг свога мужа или његове компаније. J. Cartwright, 813.

[18] „*...if the creditor knows or has good grounds for believing that the surety is being deceived or misled, or that he was induced to enter into the contract in ignorance of facts materially increasing the risks of which he has knowledge, and he has an opportunity, before accepting his undertaking, to inform him of such facts, good faith and fair dealing demand that he should make such disclosure to him; and if he accepts the contract without doing so, the surety may afterwards avoid it.*" Вид. „Fraud and Duress as Defenses of a Surety", *Columbia Law Review* 40(7)/1940, 1228–1229; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364; J. Cartwright, 813; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 82–83.

[19] Реч о случају из 1994. године у коме је дужник желео да добије кредит намењен за пословање фирме, а за јемца предложио своју жену. Обманута нетачним информацијама које јој је дао како би је навео на закључење уговора, његова жена је пристала да јемчи. Вид. о случају у Andrew Burrows, *A Casebook on Contract*, Oregon 2016, 810 и даље; K. Zweigert, H. Kötz, 428.

како би јемца навео на закључење уговора. Поништење уговора би се једино могло избећи уколико банка предузме неопходне кораке да се увери да јемчева воља није манљива. Она је, стога, дужна да јемца упозна са ризиком који преузима или макар да га упути да потражи независан савет.[20]

Добра страна таквог решења је у томе што се отварају врата поништењу уговора и када заблуда није битна, што је посебно важно када је реч о уговору о јемству. Заблуда о солвентности дужника није ништа друго до заблуда о мотиву, која према правилима о заблуди само изузетно чини уговор рушљивим.[21]

Али, може ли бити речи о превари, у правом смислу, ако сауговарач није знао, али је *морао знати* за превару трећег?

У нашој теорији се такво релативизовање појма преваре углавном оправдава тиме да и у том случају постоји кривица сауговарача жртве преваре. Сауговарач је крив и мора сносити последице преваре и онда када је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“[22] (радње трећег); када „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“;[23] када „због своје непажње за њу (превару) није знао“.[24]

Иако се начелно може подржати идеја да се уговор може поништити и онда када је заблуду скривио сауговарач, макар и тиме што је пропустио да уочи превару трећег, чини се прилично вештачким, фиктивним, такво понашање подвести под појам *преваре*. Превара претпоставља намеру[25], а намере не може бити без свести о превари трећег и заблуди сауговарача. Осим тога, остаје нејасно зашто се сауговарачева непажња санкционише само онда када је његова кривица у пропусту да уочи превару трећег. Иза тог пропуста се крије прави разлог рушљивости – пропуст да се уочи заблуда сауговарача. Ако је сауговарач могао знати за заблуду жртве, али је из непажње пропустио да је уочи, то би му требало увек замерити, а не

---

[20] K. Zweigert, H. Kötz, 428; A. Burrows (2016), 812; Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005, 311–312.

[21] Вид. ЗОО, чл. 62.

[22] Према Перовићевом мишљењу, ако сауговарач тада није ништа предузео да отклони заблуду, и он чини превару, те се уговор може поништити. Решење је засновано на једном „друштвеном стандарду“, који „доследно придаје значај чињеници савесности уговорника“. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд 1980, 265–266.

[23] И. Букљаш, Б. Визнер, 297.

[24] Стојан Цигој, *Коментар ЗОО* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 204.

[25] *Ibid*., 203; С. Перовић, 264.

само онда када је заблуда последица радњи трећег. Чини се да је законодавац у тој намери да заштити жртву заблуде остао недоследан.

1.2. Превара која потиче од сауговарача (повериоца)

Могуће је замислити, мада су такве ситуације ретке[26], да поверилац буде тај који, пружањем нетачних информација, директно и непосредно утиче на вољу јемца да јемчи. Тада је реч о класичном случају преваре активним понашањем, те јемац може, без већих проблема, захтевати поништење уговора о јемству. Међутим, у пракси је много чешће да поверилац јемцу прећути околности које значајно утичу на повећање ризика који јемац преузима јемчењем, примера ради, тешку материјалну ситуацију дужника.[27] Повериоцу се, дакле, замера то што је био потпуно пасиван при закључењу уговора о јемству, иако је био свестан тога да дужник неће моћи да испуни своју обавезу и да ће се терет испуњења готово сигурно превалити на јемца. Поставља се питање: може ли уопште бити речи о превари у случају када се једна страна понашала потпуно пасивно? И ако може, под којим условима?

1.2.1. Уопштено о превари ћутањем

Превара ћутањем, као посебан вид преварног поступања, изазива посебну пажњу у упоредном праву.

Док се у англосаксонским системима она само изузетно прихвата[28], земље континенталног система су далеко склоније да пруже заштиту и у случају ћутања. Најдаље је у том погледу отишло француско право, које је изменама из 2016. године изричито предвидело превару ћутањем (*réticence dolosive*) као посебан вид преварног

[26] Француска судска пракса сведочи и о таквом примеру. Уговор о јемству је поништен уговор због преваре, управо зато што је банка изричито потврдила јемцу, дан пре закључења уговора о јемству, да је финансијска ситуација дужника „здрава" и да не постоји никакав ризик за јемца, иако је дужник већ био у дуговима. Вид. одлуку Касационог суда од 7. фебруара 1983, *https://www.legifrance.gouv.fr*, 1. јун 2017.

[27] Питање се углавном постављало онда када се у улози повериоца налазила банка. Вид. J. François, 94.

[28] У англосаксонском праву је опште правило да ћутање (*non-disclosure*) није превара јер преговори не представљају однос у коме се рађају дужности међусобног обавештавања. Напротив, свака страна је, у складу са правилом *caveat emptor*, дужна да се стара о својим интересима. Међутим, закључење уговора о јемству (*surety contracts, contracts of guarantee*) наводи се као један важан изузетак. Вид. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 358 и даље; J. Cartwright, 779 и даље; N. Andrews, 251 и даље; Spencer Bower, Alexander Turner, Richard Sutton, *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relations of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990, 151 и даље.

поступања.[29] Ћутање сауговарача се, начелно, сматра преваром и у немачком[30] и швајцарском[31] праву.

Када је у питању наше право, према чл. 65 ЗОО, превара постоји и ако једна страна само одржава другу у заблуди, са намером да је наведе на закључење уговора. Није, међутим, најјаснији домашај те одредбе. Њена стилизација пре упућује на то да се има у виду активно понашање сауговорника. Томе се, као аргумент више, може додати да је законодавац на другом месту[32], у истом закону, изричито предвидео ћутање као облик испољавања преваре. Међутим, у доктрини је[33], па и скромној судској пракси[34], прихваћен став да се чл. 65 има тумачити тако да обухвата и превару ћутањем.

---

29 Вид. чл. 1137, ст. 2. У судској пракси је деценијама пре измена прихваћено да „превара може, под одређеним условима, бити последица ћутања једног сауговарача". Вид. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome I, Paris 2013, 1103.

30 Савезни суд правде у Немачкој (*Bundesgerichtshof*), тумачећи §123I БГБ о превари (*Täuschung*), изнео је да она може бити учињена не само лагањем већ и задржавањем информација које су значајне за другу страну. Вид. Basel Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006, 305. Ипак, у пракси се прецизира да је то случај само онда када страна има дужност да их открије (*Aufklärungspflicht*), што у великој мери зависи од важности одређене чињенице, њене доступности и да ли се прећуткивање сматра несавесним и непоштеним поступањем, у складу са БГБ, §242. Више у Hugh Beale, „The draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure", *European Review of Contract Law* 3/2008, 326; K. Zweigert, H. Kötz, 425–426.

31 Преваром се сматра и ћутање, када се искоришћава заблуда у којој се друга страна нашла. Bruno Schmidlin, „Article 28", *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2012, 252.

32 Према чл. 908 ЗОО, поништење је могуће „ако је уговарач осигурања намерно учинио нетачну пријаву или намерно *прећутао* неку околност". Ствари се могу посматрати на два начина: да је законодавац већ општом одредбом обухватио превару ћутањем, као вид одржавања у заблуди, при чему чл. 908 представља само њену конкретизацију; да је законодавац у формулисању опште одредбе свесно изоставио превару ћутањем, при чему би она само у посебним случајевима, где је то изричито предвиђено, утицала на закључени уговор.

33 Још је Лазар Марковић писао да „под појам преваре долазе и намерно необавештавање или подржавање у заблуди, у погрешном мишљењу (прећуткивање)". Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 234. Ту идеју подржавају и савремени аутори. Вид. С. Перовић, 301–302; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 311–312; Игор Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 66; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1990, 263; Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1991, 209.

34 „Када купац купује земљиште ради грађења, а продавац зна да је земљиште које је предмет уговора обухваћено регулационим планом, пропусти да га о томе обавести, постоји превара иако је регулациони план јавна исправа о чијој се сад-

1.2.2. Услови за поништење уговора о јемству због ћутања повериоца

Упоредноправна судска пракса показује извесну суздржаност када је реч о дозвољавању поништења уговора због ћутања повериоца. Та се суздржаност посебно испољава у суженом кругу околности о којима је поверилац дужан да обавести јемца. Осим тога, превара захтева доказ о томе да је поверилац заиста имао сазнања о тим околностима, да их јемац (оправдано) није знао, те да је ћутање учињено са намером.

1.2.2.1. Свест повериоца о околностима које значајно повећавају ризик јемчења

Да би било речи о превари, поверилац мора имати сазнања о околностима које повећавају ризик да ће дужник извршити своју обавезу.[35] Он не може бити крив за превару уколико их није знао или је и сам био жртва преваре.[36] Свест о тешкој финансијској ситуацији дужника најчешће се, судећи по упоредноправној судској пракси, приписује банкама и другим кредитним институцијама (*établissement de crédit*). Како су оне дужне да, пре одобравања кредита, провере кредитну способност дужника, у бољој су позицији од осталих поверилаца да знају релевантне информације.[37]

Које су то околности које поверилац не би смео да прећути јемцу, о којима га мора обавестити?

Упоредноправна литература нам показује да је јемство једна од ретких области у којој је судска пракса одбила да прибегне широким тумачењима правила. Опште је прихваћено да не постоји дужност повериоца да јемца обавештава о свим евентуалним ризицима

ржини купац могао обавестити.“ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36.

[35] Понекад су се француски судови задовољавали и доказом да банка „није могла да не зна посебно оптерећену финансијску ситуацију дужника“. Вид. P. Simler, 157; C. Albiges, M. Dumont-Lefrand, 60.

[36] Као пример, наводи се достављање лажних извештаја банци. Вид. J. François, 95 и фн. 3 и 4. Вид. и одлуку Касационог суда од 14. новембра 2000, бр. 98–12395, у којој је суд одбио да поништи уговор о јемству јер није доказано да је банка знала за тешку финансијску ситуацију дужника, *https://www.legifrance.gouv.fr/*, 1. јун 2017.

[37] Вид. примера ради, A. Barthez, D Houtcieff, 243 фн. 130 и тамо наведене одлуке. M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 80–81. То не значи да је осталим повериоцима дозвољено да прећуте околности које повећавају ризик јемчења. У пракси се, међутим, не срећу тако често случајеви у којима се у улози повериоца налази неки други субјект. Осим тога, мање је вероватно да би такви повериоци имали сазнања о тешкој материјалној ситуацији дужника.

закључења уговора о јемству.[38] Томе је највише допринела снажна потреба да се очува јемство као средство обезбеђења. Осим тога, дужност обавештавања о сваком потенцијалном ризику чини се излишном. Јемство увек собом носи одређени ризик; то је нешто на шта сваки јемац мора да рачуна.[39]

Из тих разлога се у упоредном праву дозвољава могућност поништења уговора о јемству само онда када поверилац прећути околности које указују на *значајно* повећање ризика да дужник неће извршити своју обавезу. Оне морају бити такве да *одлучујуће* делују на вољу јемца да јемчи, да он такав уговор не би закључио да није био у заблуди.[40] Тако, поверилац је дужан да обавести јемца уколико је дужникова материјална ситуација „безнадежна“ („*désespérée*“)[41], „непоправљиво угрожена или макар прилично оптерећена“ („*irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée*“)[42], „много озбиљнија од пролазних потешкоћа у новчаним трансакцијама“ („*beaucoup plus grave que la difficulté passagère de trésorerie*“)[43] или када обезбеђени дуг из било којих других разлога није у складу са „финансијским способностима“ дужни-

---

38 Вид. за швајцарско право P. Engel, 643; P. Meier, 2907–2908; за француско право M. Cabrillac *et al*., 230. У англосаксонском праву се, као чувене, цитирају речи Лорда Кемпбела (*Lord Campbell*) изнете у случају *Hamilton v. Watson* (1845): „*...no bankers would rest satisfied that they had a security for the advance they made, if, as it is contended, it is essentially necessary that everything should be disclosed by the creditor that it is material for the surety to know. If such was the rule, it would be indispensably necessary for the bankers to whom the security is to be given, to state how the account has been kept: whether the debtor was in the habit of overdrawing; whether he was punctual in his dealings; whether he performed his promises in an honourable manner; for all these things are extremely material for the surety to know*“. Вид. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 35, 81–82.

39 M. Cabrillac *et al*., 230.

40 У пракси се банкама најчешће замерало то што су прећутале јемцу тешку финансијску ситуацију дужника. Превара се, међутим, може односити и на друге околности које јасно указују на то да постоји повећан ризик да дужник неће вратити дуг. То може бити случај када банка прећути стварни износ обезбеђеног дуга или да дужник има још један кредит за исту намену. Вид. J. François, 95 фн 5; P. Tercier, 176; P. Simler, P. Delebecque, 79.

41 P. Engel, 643; P. Tercier, L. Bieri, B. Carron, 927.

42 Вид., примера ради, одлуке Касационог суда од 4. јануара 2005, бр. 03–16667, од 18. фебруара 1997, бр. 95–11816, од 9. јула 1996, бр. 94–15412, *www.legifrance.gouv.fr*, 1. јун 2017.

43 Вид., на пример, одлуку Касационог суда од 21. јануара 1981, бр. 79–15443, *www.legifrance.gouv.fr*, 1. јун 2017. Пролазне потешкоће у новчаним трансакцијама дужника не сматрају се довољно алармантним чињеницама да би поверилац имао дужност да јемца обавести о томе. Вид. M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 81 фн. 3.

ка.[44] У англосаксонском праву се говори о необичним околностима (*unusual matters*)[45], необичним карактеристикама трансакције са дужником (*unusual features of the transaction*)[46], које јемац не би могао у редовном току ствари да очекује.[47] У конкретном случају, то могу бити информације о намени кредита, о тренутном износу дужниковог задужења, о износу кредита који се обезбеђује, односно о износу или услову потенцијалног новог кредита.[48]

Могло би се закључити да се сматра да постоји превара и да јемац може поништити уговор кад год поверилац прећути околности због којих је, већ при закључењу уговора о јемству, готово извесно да ће, за извршење обавезе, морати да се обрати јемцу.[49] Када постоје тако алармантни показатељи, истиче се да је поверилац дужан да скрене пажњу јемцу, чак и ако он сам не захтева било какве информације.[50]

1.2.2.2. Утицај својстава и знања јемаца на поништење уговора

Опште је прихваћено да преваре нема, те ни дужности повериоца на обавештавање, ако су јемцу већ познате околности значајне за доношење одлуке да јемчи. У том случају, ћутање повериоца, па

---

[44] На то указује не само презадуженост дужника већ и нереално предвиђен план отплате дуга. Вид. M. Cabrillac *et al*., 230.

[45] N. Andrews, 254. Сматра се да је поверилац дужан да открије јемцу да је дужник, у претходном пословању са повериоцем, значајно каснио у извршавању обавеза и да му је већ дуговао значајну суму новца; исто тако, да је банка дужна да открије јемцу да је кредит одобрен дужнику намењен да покрије његова претходна дуговања према банци. Вид. S. Bower, A. Turner, R. Sutton, 171.

[46] J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364; J. Cartwright, 812 фн. 103 и 813.

[47] У случају *Commercial Bank of Australia Ltd v. Amadio*, судија Гибс (*Gibbs*) је истакао: „*the obligation is only to reveal those things in the transaction between the creditor and debtor which have the effect that the position of the debtor differs from that which the surety would expect; it would be 'commercially unreal' to suggest that a creditor has a duty to reveal all the facts which relate to the transactions and financial position of the debtor*". A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 35, 82.

[48] У англосаксонском праву је уобичајено и „јемство за верност запосленог" (*fidelity bond*), где поверилац мора јемцу открити све оне ситуације у којима је запослени поступао неискрено. Вид. случај *London General Omnibus Co. Ltd. v. Holloway* у P. Cane, J. Stapleton, 241; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364.

[49] Касациони суд је усвојио захтев за поништење уговора пошто је утврдио да је банка била свесна да је повраћај кредита „математички немогућ" („*que tout remboursement était mathématiquement impossible*") и да је неизбежно да обавезу изврши јемац („*la mise en oeuvre du cautionnement était inéluctable*"). Вид. одлуку суда од 4. јануара 2005, бр. 03–16667. Вид. и A. Barthez, D Houtcieff, 242–243, и остале примере у фн 130.

[50] *Ibid*., 243; M. Cabrillac *et al*., 77.

и злонамерно, остаје само у домену покушаја и не доводи у питање пуноважност уговора. Превара подразумева заблуду, а њу искључује знање јемца.[51]

Има ли места превари уколико је јемац био у прилици да се сам информише о околностима које утичу на повећање ризика јемчења, али то ипак није учинио? Другим речима, може ли злонамерно прећуткивање повериоца омогућити јемцу да уговор поништи и када је заблуду могао сам да избегне?

Када је реч о превари схваћеној у класичном смислу, активним понашањем, уговор се може поништити и када је жртва својом непажњом упала у заблуду, када ју је сама скривила.[52] Схватање је разумљиво само по себи. Уколико једна страна пропусти да се сама информише о свим релевантним околностима јер ју је друга о њима погрешно обавестила, она ће и даље моћи да захтева поништење уговора услед преваре. И обавештавање од сауговарача сматра се, на неки начин, самообавештавањем.[53]

Проблем се јавља када се исто правило примени и на превару ћутањем. Ту нема никаквог самообавештавања, чак ни од сауговарача.

Закон о облигационим односима се, као ни већина правних система, о томе изричито не изјашњава. Врховни суд Југославије се, половином прошлог века, изјаснио да се „у интересу сигурности промета и поштења мора судити по правном правилу да обмана никоме не помаже" (*fraus omnia corrumpit*), чак и када је реч о околности о којој се друга страна могла сама обавестити. Превара, па и ћутањем, чини заблуду извињавајућом.[54] Чини се, међутим, да је у својој одлуци скоријег датума Врховни суд Србије изнео другачије гледиште.[55]

[51] Д. Хибер, М. Живковић, 335.

[52] Са изузетком измењеног ФГЗ (чл. 1139), у законима се изричито не предвиђа да превара увек чини заблуду нескривљеном, али је то општеприхваћено. Вид. Драгор Хибер, „Нескривљеност заблуде", *Архив за правне и друштвене науке* 2(4–6)/1992, 267 и даље; Jean Mouly, „Des rapports entre la reticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un 'travailliste')", *Recueil Dalloz* 30/2003, 2025.

[53] Дужност самообавештавања (*devoir de se renseigner*) не подразумева проверу добијених информација од сауговарача. *Ibid*. Довољно је и то да је сауговарач „подржао" другу страну у заблуди, иако је није изазвао, те се касније не може позивати на чињеницу да је жртва сопственом кривицом упала у заблуду. Вид. Andrew Burrows, Edwon Peel, *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010, 147.

[54] „Иако је регулациони план јавна исправа о чијој се садржини купац могао обавестити", продавцу та обмана не може користити. Вид. Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36, 83 и 85.

[55] Вид. одлуку Врховног суда Србије 3220/05 од 1. јуна 2006. Закључен је уговор о продаји робе у којем је наведено да је један од производа који се продаје

Суочени са честом појавом да се жртвом преваре представљају и јемци чија је заблуда резултат њихове сопствене непажње[56], а у тежњи да се заштити јемство као средство обезбеђења, француски судови су одступили од постојеће праксе да „превара увек чини заблуду извињавајућом".[57] Стога су заштиту ускраћивали не само јемцима који су заиста имали сазнања о одлучујућим околностима већ и онима који би та сазнања требало да имају. Другим речима, заштиту нису могли да добију они јемци који су се сматрали „обавештеним" (*averties*).[58]

Судска пракса није прецизно дефинисала ко се има сматрати „обавештеним" јемцем већ се о томе дискреционо процењивало на основу околности сваког случаја, *in concreto*.[59] Може се закључити да су судови нарочито узимали у обзир својства јемаца и карактер везе између њега и дужника. Тако, заштита је углавном била ускраћена јемцима који су због професионалног односа са дужником били у могућности да се о његовој финансијској ситуацији на једноставан начин сами обавесте.[60] С друге стране, јемцима-лаицима (*profanes, non averties*) сматрали су се они који су са дужником били у породичном, пријатељском или неком другом виду непрофесионалног односа.[61]

„специјални производ заштићен као патент", иако је био заштићен само робним жигом. Суд је одбио захтев за поништење уговора и накнаду штете, закључивши, између осталог, да купац није могао стећи погрешну представу о својствима предмета уговарања јер му је продавац предао сву документацију о регистрацији производа „из које је једноставно јасно могао, да је поступао с пажњом која се у промету захтева, утврдити да је (производ), у време продаје, био заштићен робним жигом".

56 P. Simler, 157.

57 О том правилу више у Jacques Ghestin, „La réticence dolosive rend toujour excusable l'erreur provoquée", *La Semaine Juridique* 24/2011, 1163; J. Mouly, 2023 и даље; Gwendoline Lardeux, „La reticence dolosive n'est pas un dol comme les autres", *Recueil Dalloz* 44/2012, 2986.

58 Како се истиче, о превари може бити речи само онда када друга страна није могла да је избегне. Вид. M. Cabrillac *et al*., 76–77.

59 *Ibid*., 230 и фн. 342.

60 Тако, заштита је била ускраћена онда када су се у улози јемца налазили: директор, председник управног одбора, оснивач друштва за чију обавезу јемчи. Вид. одлуке у J. François, 95 фн 2; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 82 фн. 1; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2014, 85. С друге стране, јемац који је запослен у друштву за које јемчи није се нужно сматрао обавештеним уколико није имао могућност увида у финансијско стање и пословање друштва. Има и аутора који сматрају да јемац треба да „има стручне способности у конкретном сектору активности за који се кредит одобрава и да поседује стручна економска знања како би могао да разуме финансирање операције". Вид. M. Cabrillac *et al*., 230 и тамо наведене ауторе.

61 Касациони суд је поништио уговор о јемству, иако је јемац био повезан са друштвом за које је јемчио, због природе те везе (породични односи) и његових годи-

Сличним идејама водили су се и англосаксонски судови. Природа везе са дужником[62], својства јемца[63], а нарочито неједнак однос између јемца и повериоца, утичу на то да се од повериоца очекује да покаже виши степен бриге о неискусном сауговарачу.

Пружање заштите тој категорији јемаца разумљиво је најмање из два разлога. Прво, посебно близак однос са дужником, али и поверење у професионално поступање банака, природно утиче на смањење опрезности коју субјекти имају при закључењу уговора. Они се ослањају на то да би им дужник (или макар банка) скренули пажњу да постоје околности које значајно повећавају ризик јемчења. Њихово ћутање би се могло протумачити и као сигнал да не постоји ништа што би јемац требало да зна. Друго, важније, то су најчешће ситуације у којима јемци нису ни имали могућности да се сами информишу о конкретним ризицима обвезивања. За те информације они су се морали ослањати на повериоца и дужника.

Међутим, изменама француског Грађанског законика, правило да превара чини сваку заблуду извињавајућом добило је и своју законску снагу.[64] У коментарима тих измена се истиче да се то односи на све видове преваре, па и превару ћутањем.[65] Очигледно је да се

на (19 година). Сматрало се да кредитна институција није смела да му прећути околности које он сам није могао да сазна јер није имао увид у финансијско пословање и стање дужника. Вид. одлуку од 8. јула 2003, бр. 01-00880, *www.legifrance.gouv.fr*, 1. јун 2017. За одлуку Касационог суда у којој је уговор поништен јер је јемац био брат дужника, при чему није био укључен у његове послове, вид. A. Barthez, D Houtcieff, 242–243. Ипак, таква веза није, сама по себи, довољна да би се пружила заштита. Суд је у процени узимао у обзир конкретан однос између јемца и дужника и све околности случаја. У једном случају, суд је одбио поништење, иако је јемац био само пријатељ дужника, јер је његово активно учешће у процесу настанка главног дуга омогућавало да схвати обим свог обавезивања. Исто тако, иако јемац и дужник нису били у професионалном односу, јемац није могао да не зна финансијске потешкоће дужника јер је већ предузео неопходне кораке да постане главни партнер друштва. Вид. одлуке у J. François, 95 фн 2; A. Barthez, D. Houtcieff, 240 фн. 120; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 82.

62 Судови су благонаклонији према оним јемцима који су са главним дужником у непрофесионалном односу јер ту постоји повећан ризик недозвољеног утицаја на вољу да се јемчи. Вид. J. Cartwright, 813.

63 У случају *Commercial Bank of Australia Ltd v. Amadio* (1983), банка је закључила уговор о јемству са старијим паром из Италије, родитељима дужника, који су уједно врло слабо владали писаним енглеским језиком. Упркос томе, банка се није потрудила да им објасни природу обавезе коју преузимају нити им је дата прилика да добију непристрасан савет. Вид. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 129–130.

64 ФГЗ, чл. 1139.

65 Вид. Laurence Mauger-Vielpeau, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnace du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la prevue des obligations*, Caen 2016, 91; Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et*

тежим „грехом" сматра *злонамерно* прећуткивање једне стране него *немарно* поступање друге.[66] Као опште, правило се има примењивати на све уговорне односе, па и оне којим се установљава јемство. То ће несумњиво утицати на другачије решавање таквих питања.

1.2.2.3. Ћутање мора бити намерно

Ни кумулативно испуњење свих тих услова није довољно да би се уговор о јемству могао поништити. Превара захтева доказивање намере да се обмане.[67] Намеру је, пак, у случају ћутања, врло тешко доказати.[68] Како са сигурношћу доказати да је повериочево ћутање последица намере да обмане, а не непажње? Чињеница да је поверилац свестан да постоји значајан ризик да дужник неће моћи да врати дуг није, сама по себи, доказ да је ћутање било злонамерно.[69] Имајући у виду повезаност јемца и дужника, поверилац би оправдано могао да претпостави да је јемац већ био упознат са ризиком, да се о томе информисао од дужника.[70] Свести о околностима које значајно повећавају ризик јемчења морала би се придружити још и свест о јемчевој заблуди, или макар сумња о њој[71], у ком случају би се од повериоца очекивало да ту околност утврди и да га из евентуалне заблуде извуче. У супротном, ћутање би се могло сматрати само последицом непажње, не и намере, што начелно није довољно за поништење уговора.[72]

Намера да се обмане би се понекад могла закључити из околности случаја. Француска пракса сведочи о томе да су банке, желећи да потпуно избегну поништење, у уговоре о јемству уметале чак

pratique dans l'ordre du Code civil, Paris 2016, 269; Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations,* Paris 2016, 43.

[66] Те идеје постоје и у швајцарској доктрини. И када је заблуда последица грубе непажње жртве, друга страна не сме из тога извлачити корист и дужна је да је обавести. Вид. Bruno Schmidlin, „Article 28", *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2003, 180.

[67] Carole Vuillemin-Gonzalez, „La réticence dolosive des établissements bancaire à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi", *Dalloz* 41/2001, 3340; A. Barthez, D Houtcieff, 241; P. Simler, 155–156; C. Albiges, M. Dumont-Lefrand, 59.

[68] „*Le silence n'est-il pas ambigu par nature?*" Вид. A. Barthez, D Houtcieff, 250 фн. 147.

[69] C. Vuillemin-Gonzalez, 3340.

[70] J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363.

[71] P. Tercier, 176.

[72] У појединим системима, међу којима је и наш, предвиђен је изузетак када је превару учинио трећи, а то је сауговарач знао или *морао знати*. Вид. нпр. ЗОО, чл. 65; ШЗО, чл. 28; АБГБ, §875; БГБ, §123.

и клаузуле којима се предвиђа да финансијско стање дужника није одлучујући услов за преузимање јемства[73], да је главни дужник већ обавестио јемца о својој ситуацији или да јемац преузима дужност да се о томе сам обавести.[74] Уметање таквих клаузула, уз свест о тешкој материјалној ситуацији дужника, може бити доказ несавесног и непоштеног поступања.[75] Из тих разлога судови су повериоцима ускраћивали могућност да се на њих позивају.[76]

Коначно, једна од озбиљних препрека доказивању намере могла би да буде и дужност чувања банкарске тајне[77]: банка би могла да тврди да њено ћутање није последица намере да се обмане већ придржавања те дужности.[78]

Тај аргумент несумњиво има своју тежину. Наметањем дужности обавештавања, банке би се могле наћи у незавидној позицији јер поштовање банкарске тајне забрањује, осим изузетно, откривање поверљивих информација о дужнику.[79]

У вези са тим, у теорији је изнето схватање да дужност банке да упозори јемца на околности које значајно повећавају ризик јемчења не мора нужно да представља повреду дужности чувања банкарске тајне. Како се истиче, извршење те обавезе „не захтева да се јемцу пруже прецизне информације о дужниковом пословању“.[80] Чини се довољним и да се јемац само упозори на постојање таквих околности.[81] Томе се додаје и аргумент да банкарска тајна не сме бити параван и изговор да се прећути „безнадежно стање дужника“.[82]

---

[73] Emmanuelle Mazuyer, „Dol du créacier: réticence dolosive et manquement à l’obligation d’information“, *Dalloz* 4/2004, 262.

[74] P. Simler, 155–156; M. Cabrillac *et al.*, 231.

[75] *„Dans cette perspective, on peut alors en effet estimer qu’il y a une sorte de ‘presumption de mauvaise foi’ du creanciér.*“ E. Mazuyer, 263.

[76] *„Le creanciér qui a stipulé la clause en sachant très bien que le débiteur était en mauvaise situation financière ne ‘peur s’en prévaloire’.*“ *Ibid*., 264; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 81.

[77] C. Lombardini, 927 и фн. 352; M. Cabrillac *et al*., 231; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 81.

[78] Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, Paris 2015, 639.

[79] *Ibid*., 639; C. Lombardini, 927 и фн. 352. Вид. и Закон о банкама – ЗБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 46.

[80] *„Le devoir de mise en garde... n’implique pas une derogation au secret bancaire, car sa mise en œuvre n’exige pas la communication à la caution d’information précises sur les affaires du débiteur garanti.*“ Вид. C. Gavalda, J. Stoufflet, 182.

[81] То би утицало на јемца да се мало боље информише о ризику који преузима или да натера дужника да банци да дозволу да јемца о тим ризицима прецизније обавести.

[82] Још би мање могла да оправда пружање нетачних информација јемцу. Вид. *Ibid*., 639.

2. ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ЈЕМАЦА И САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ

Информациона асиметрија, неједнакост уговорних страна, проблематичност доказивања намере у случају преваре ћутањем те потреба заштите слабије стране главни су разлози тенденције да се у упоредном праву јемцима пружи већа заштита. Један од начина на који се то чини јесте наметањем дужности обавештавања, чија се повреда санкционише без обзира на то којим је степеном кривице учињена.

У француско право, дужност обавештавања, и то као установа општег, предуговорног карактера, имплементирана је изменама ФГЗ.[83] Међутим, кораци ка заштити јемаца предузети су много раније. Наиме, француски судови су, на терет повериоца-професионалаца (кредитних институција, *établissement de crédit*), а у корист јемаца-лаика (*profanes*, *cautions non averties*), наметнули дужност упозорења (*devoir de mise en garde*).[84] Она није настала одједном; развила се из дужности установљене у корист зајмопримаца-лаика да буду упозорени на обимност свог обвезивања и реалну могућност да своје обавезе испуне.[85] Конкретно, на кредитним установама је дужност да тзв. необавештене јемце упозоре на ризик да дужник неће моћи своју обавезу да изврши јер је на њима и дужност да утврде да ли је одобрени кредит прилагођен могућностима дужника да га врати.[86] Та дужност се заснивала директно на дужности савесног уговарања.[87] Њена повреда се санкционисала независно од правила

[83] Вид. измењени ФГЗ, чл. 1112–1.

[84] C. Albiges, M. Dumont-Lefrand, 60 и даље; P. Simler, P. Delebecque, 80. Први корак ка томе учињен је тиме што се поништење, услед преваре, понекад дозвољавало и само на основу доказа да је поверилац имао сазнања о одлучујућим околностима. Није се, дакле, захтевало још и да доказује намеру. Вид., на пример, одлуку Касационог суда од 4. јануара 2005. О томе и у A. Barthez, D Houtcieff, 243–244.

[85] „*Банка има дужност пажње и саветовања како према свом клијенту, друштву које жели да закључи уговор о кредиту, тако и према физичким или правним лицима који се јављају у улози јемца*“; „*институција која даје кредит дужна је да обавештава и саветује јемца, нарочито ако је лаик и није повезан са пословањем главног дужника*“. Вид. одлуке у J. François, 97 фн. 4.

[86] A. Barthez, D Houtcieff, 253.

[87] „*Није савесно, нити лојално, пустити јемца да се обавеже, а не обавестити га прецизно о природи и обиму његове дужности.*“ *Ibid*., 251; P. Legrand, 334–335. Судови су се позивали на правила о грађанској одговорности увек када се поништење уговора није могло заснивати на правилима о превари. Банке су, наиме, биле дужне да надокнаде штету због закључивања уговора о јемству којима су обезбеђени претерани кредити. J. François, 97–98. Та одговорност се често заснивала на чл. 1147 ФГЗ, о уговорној одговорности. То се објашњавало дејством атракције:

о превари, али је претпостављала кумулативно испуњење три услова[88]: да је поверилац имао сазнања о релевантним информацијама, да закључење уговора о јемству носи појачани ризик[89] те да јемац није знао нити морао знати за њих.[90]

У светлу развоја дужности обавештавања у банкарском праву, и међу швајцарским писцима има идеја да би се могло сматрати да постоји дужност банака да обавесте неискусне јемце о ризицима које преузимају. Како се наводи, та дужност има основ у начелу савесности и поштења.[91] Ипак, такав став није широко прихваћен нити има потпору у судској пракси.[92] Осим када се утврди да је реч о превари, макар и ћутањем[93], сматра се да поверилац није дужан да јемца самоиницијативно обавештава о финансијској ситуацији дужника. Наметнути му дужност која није изричито предвиђена законом, „могло би озбиљно да угрози правну сигурност и да омогући јемцу да напусти уговор управо у моменту када он остварује свој смисао“.[94]

Дужност обавештавања изричито је наметнута повериоцима у аустријском праву, али само у односу на јемце-потрошаче. Према § 25c Закона о заштити потрошача[95], поверилац је дужан да обавести јемца о дужниковој финансијској ситуацији ако зна или би требало да зна да дужник неће бити у могућности да, у целини или делимично, изврши своју обавезу. Ако то не учини, јемац ће бити везан уговором само ако би закључио уговор о јемству и да је знао за то.

Заштита се јемцима пружа и у англосаксонским системима и када поверилац није намерно ћутао. Довољно је доказати да је

информација се односи на ризике неизвршења уговора о кредиту и јемству, па се у том смислу квалификовала као уговорна дужност. Вид. A. Barthez, D Houtcieff, 253.

88 Терет доказивања је пребачен на кредитну институцију – на њој је да докаже да један од тих услова није испуњен. M. Cabrillac *et al*., 230.

89 Искључена је дужност обавештавања онда када је кредит усклађен са финансијским способностима дужника. *Ibid*. Када је реч о ризицима да кредит не буде враћен, кредитна установа је дужна да упозори и зајмопримца и јемца о одрживости операције. A. Barthez, D Houtcieff, 253.

90 „*Банка нема никакву дужност саветовања према јемцу који већ располаже, из разлога његове улоге и квалитета и савета којима је окружен, свим информацијама корисним да донесе одлуку.*“ Вид. одлуку у J. François, 97 фн 4; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 81.

91 „*Ce devoir de renseignement se fonderait directement sur CC 2, en l’absence de toute relation de mandate entre la banque et la caution.*“ Вид. P. Meier, 2908.

92 Вид. C. Lombardini, 927, и тамо наведене ауторе и одлуке.

93 Уговор се може поништити због преваре уколико поверилац пружи јемцу нетачне или непотпуне информације, уколико га уверава да је закључење уговора о јемству чиста формалност, али и ако је поверилац свестан да је јемац у заблуди и ћутањем га намерно оставља у њој. Вид. P. Meier, 2907; C. Lombardini, 927.

94 *Ibid*., 927.

95 *Konsumentenschutzgesetz – KSchG*.

имао сазнања о околностима које јемац не би уобичајено могао да очекује.[96] Ћутање се тада посматра као прећутно изношење нетачних чињеница (*implied misrepresentation*)[97], чиме се јемац наводи на закључење уговора, због чега му се даје могућност да из таквог уговорног односа изађе.[98]

Коначно, када је реч о нашем праву, предуговорна дужност обавештавања законом није изричито предвиђена, ни као установа општег карактера ни као посебна дужност која се намеће при закључењу уговора о јемству.[99] Упркос свеприсутној тенденцији заштите слабије уговорне стране, развојем потрошачког права, наше законодавство не предвиђа чак ни посебан вид заштите јемаца-лаика који уговарају са професионалцима. Законом о заштити корисника финансијских услуга предвиђена је само дужност банке да, не само дужнику већ и јемцу достави понуду, односно уговор о кредиту, о издавању кредитне картице, о дозвољеном прекорачењу рачуна[100]; њој није наметнута дужност да јемца обавештава о финансијској ситуацији дужника. Уколико би и добила такав захтев од јемца, то би, чини се, могла да учини само уз сагласност дужника.[101] Међутим, требало би поменути да су кодификатори Преднацрта грађанског законика препознали тенденције у савременом праву и потребу заштите јемаца. У чл. 1553 Преднацрта изричито је предвиђена могућност поништења уговора о јемству због заблуде о имовинским приликама дужника. Према ст. 1, јемац за будућу или условну обавезу може захтевати да се поништи уговор о јемству, ако није знао у часу закључења уговора да је лице за које се подјемчио презадужено, а та је чињеница била позната повериоцу или му није могла остати непозната.[102]

---

[96] Hugh Beale, *Mistake and Non-Disclosure of Facts, Models for English Contract Law*, Oxford 2012, 21.

[97] Ћутање се, заправо, тумачи као *изјава* да нема ничег релевантног о чему би требало обавестити другу страну. За критику такве фикције вид. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 35.

[98] J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363; J. Cartwright, 810–811.

[99] Дужност обавештавања јемца, из чл. 1010 ЗОО, намеће се повериоцу тек након закључења уговора; она је, дакле, уговорног, а не предуговорног карактера.

[100] Вид. ЗЗКФУ, чл. 17, ст. 9, чл. 19, ст. 5, чл. 20, ст. 4.

[101] Вид. ЗБ, чл. 47, ст. 3.

[102] Дужност обавештавања наметнута је и чл. 5 Закона о заштити жираната у Федерацији Босне и Херцеговине. Поверилац је дужан, пре закључења уговора о кредиту, уз претходну писмену сагласност корисника, жиранта или другог лица које лично осигурава испуњење обавезе корисника, међусобно их обавестити и упознати са документацијом и подацима прибављеним у поступку процене кредитне способности.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У прилог наметању дужности обавештавања, посебно када су повериоци професионалци, може се истаћи неколико аргумената. Прво, то би спречило хазардерско понашање банака. Поверилац који може успешно да пренесе ризик дужниковог неизвршења на јемца има мање мотива да буде пажљив при одобравању кредита.[103] То може довести до тога да банке одобравају кредите за које је унапред готово извесно да их неће отплатити дужник већ јемац. Закључивање уговора о јемству тада престаје да буде само додатна мера опреза повериоца и постаје замена за проверу кредибилности потенцијалних дужника или потпуно превањивање готово извесног ризика на јемца.[104] Јемство се тиме лишава главне особине – средства обезбеђења. Даље, банке су често у бољој позицији од јемца да процене стварни ризик неиспуњења обавезе од дужника. Треће, својства јемца и природа везе са дужником могу довести до тога да, с једне стране, он не буде у позицији да правилно процени ризик који преузима, а да, с друге стране, не може да одбије да јемчи због блиског односа са њим. Коначно, ако банка не би имала дужност да јемцу саопшти да је ризик јемчења значајно већи, јемци који се не могу сами обавестити о томе били би остављени на „милост и немилост“ дужника. Пред њима би биле само две могућности: да се не упуштају у ризик који не могу да процене или да га слепо прихвате надајући се да не постоји ништа што им већ није познато.

С друге стране, сматрати да постоји дужност обавештавања, иако она није изричито предвиђена законом, претило би да угрози правну сигурност и обесмисли јемство као средство обезбеђења. Сваки би се јемац могао позвати на то да није знао за инсолвентност дужника. То би значило да је банка морала, при закључењу уговора, у сваком случају да води рачуна о томе да ли је јемчева воља мањлива, иако близак однос између јемца и дужника може бити индиција да јемац има сва потребна сазнања. Превањивање терета заблуде на повериоца имало би оправдања само када је реч о превари. Основна је дужност сваког сауговарача да се најпре сам брине о својим интересима. Осим тога, зар чињеница да поверилац тражи јемца није довољан сигнал да постоји ризик да дужник неће моћи сам да изврши обавезу? Коначно, дужност обавештавања би могла да се сукоби са дужношћу чувања банкарске тајне, што би се морало узети у обзир.

---

[103] A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 196.

[104] Како је лепо примећено, „поверилац заправо не жели јемца, већ солвентног садужника од кога ће неминовно тражити извршење обавезе“. Вид. A. Barthez, D Houtcieff, 244; P. Simler, 156.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Adler, R., Mann, R., „Good Faith: A New Look At An Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28(1)/1994.

Albiges, C., Dumont-Lefrand, M., *Droit des sûretés*, Paris 2015.

Andrews, N., *Contract Law*, Cambridge 2015.

Антић, А., *Облигационо право*, Београд 2007. (Antić, A., *Obligaciono pravo*, Beograd 2007)

Barthez, A., Houtcieff, D., *Les sûretés personnelles* (sous la direction de J. Ghestin), Paris 2010.

Beale, H., „The draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure“, *European Review of Contract Law* 3/2008.

Beale, H., *Mistake and Non-Disclosure of Facts, Models for English Contract Law*, Oxford 2012.

Beatson, J., Burrows, A., Cartwright, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford 2016.

Bourassin, M., Brémond, V., Jobard-Bachellier, M., *Droit des sûretés*, Paris 2016.

Bower, S., Turner, A., Sutton, R., *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relations of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990.

Букљаш, И., Визнер, Б., *Коментар ЗОО*, Загреб 1979 (Bukljaš, I., Vizner, B., *Komentar ZOO*, Zagreb 1979)

Burrows, A., Peel, E, *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010.

Burrows, A., *A Casebook on Contract*, Oregon 2016.

Cabrillac *et al*., *Droit des sûretés*, Paris 2010.

Cane, P., Stapleton, J., *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford 1991.

Cartwright, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London 2012.

Chantepie, G., Latina, M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016.

Цигој, С., *Коментар ЗОО* (ред. Б. Благојевић, В. Круљ), Београд 1980. (Cigoj, S., *Komentar ZOO* (red. B. Blagojević, V. Krulj), Beograd 1980)

Dissaux, N., Jamin, C., *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, Paris 2016.

Duggan, A., Bryan, M., Hanks, F., *Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994.

Engel, P., *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000.

François, J., *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004.

Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд 1990. (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990)

Gavalda, C., Stoufflet, J., *Droit bancaire*, Paris 2015.

Ghestin, J., „La réticence dolosive rend toujour excusable l'erreur provoquée", *La Semaine Juridique* 24/2011.

Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome I, Paris 2013.

Хибер, Д., *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1991. (Hiber, D., *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1991)

Хибер, Д., „Нескривљеност заблуде", *Архив за правне и друштвене науке* 2(4–6)/1992. (Hiber, D., „Neskrivljenost zablude", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2(4–6)/1992)

Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)

Keeton, P., „Fraud – Concealment and Non-Disclosure", *Texas Law Review* 15(1)/1936.

Lardeux, G., „La reticence dolosive n'est pas un dol comme les autres", *Recueil Dalloz* 44/2012.

Legrand, P., „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared", *Oxford Journal of Legal Studies* 6(3)/1986.

Lombardini, C., *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008.

Malaurie, P., Aynès, L., *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2014.

Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A., *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006.

Марковић, Л., *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927. (Marković, L., *Građansko pravo, Opšti deo i Stvarno pravo*, Beograd 1927)

Mauger-Vielpeau, L., *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnace du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la prevue des obligations*, Caen 2016.

Mazuyer, E., „Dol du créacier: réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information", *Dalloz* 4/2004.

Meier, P., „Article 492“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2012.

Mouly, J., „Des rapports entre la reticence dolosive et l’erreur inexcusable (l’opinion dissidente d’un ‘travailliste’)“, *Recueil Dalloz* 30/2003.

Павићевић, Б., *Коментар ЗОО* (ред. Б. Благојевић, В. Круљ), II књига, Београд 1980. (Pavićević, B., *Komentar ZOO* (red. B. Blagojević, V. Krulj), II knjiga, Beograd 1980)

Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1980)

Радишић, Ј., *Облигационо право*, Ниш 2014. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Niš 2014)

Schmidlin, B., „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2003.

Schmidlin, B., „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2012.

Sefton-Green, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005.

Simler, P., *Traités, Cautionnement, Garanties autonomies, Garanties indemnitaires*, Paris 2008.

Simler, P., Delebecque, P., *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016.

Станковић, В., *Коментар ЗОО* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), II књига, Крагујевац 1980. (Stanković, V., *Komentar ZOO* (red. S. Perović, D. Stojanović), II knjiga, Kragujevac 1980)

Tercier, P., Bieri, L., Carron, B., *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016.

Vuillemin-Gonzalez, C., „La réticence dolosive des établissements bancaire à l’égard des cautions, un manquement à l’obligation de contracter de bonne foi“, *Dalloz* 41/2001.

Вујовић, И., *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Vujović, I., *Prevara u savremenom ugovornom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Zweigert, K., Kötz, H., *An introduction to comparative law*, Oxford 1998.

Snežana Dabić, LL.M.

Lecturer
University of Belgrade, Faculty of Law

PRECONTRACTUAL DUTY TO INFORM THE SURETY

Summary

Sureties often claim that they have not been informed about the difficult financial situation of the principal debtor prior to the conclusion of the contract and that they have been the victims of a fraud. Usually, it is the debtor who is responsible for the fraud: he is interested in concealing or even improving his real financial situation. However, the surety contract is concluded between the surety and the creditor. Is the surety in a position to annul the contract if the deceit is practiced by a third party? On the other side, creditors (especially, banks) often possess the exact information about the financial capacity of the debtor: should they inform the surety about this? And what are the consequences if they do not? Can the surety ask for the annulment of the contract on the basis of creditor's non-disclosure?

Key words: *Suretyship*. – *Defects of consent*. – *Fraud*. – *Duty to inform*.

Article history:
Received: 28. 6. 2017.
Accepted: 10. 4. 2018.

УДК 336.1/.2

CERIF: S141, S181

Драган Босанкић, мастер*

ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Осим мотива који нису доминантно порески, хибридни финансијски инструменти користе се и у једном порескоправном систему и у међународном сценарију, са циљем генерисања пореских уштеда. Зависно од тога да ли су учесници у трансакцији порески обвезници у истом порескоправном систему или нису, у раду се анализирају порескоправне последице класификације хибридних финансијских инструмената. Посебна пажња посвећена је порескоправном третману хибридних финансијских инструмената у српском пореском праву, у којем за пореске потребе не постоји могућност другачијег класификовања у односу на начин на који је то учињено са аспекта компанијског права, односно рачуноводства. Такав недостатак у српском пореском праву с једне стране отвара могућност за пореско планирање коришћењем хибридних финансијских инструмената, док с друге стране представља област која би требало да буде посебно регулисана. Са аспекта међународног сценарија, у раду се упоредном методом анализирају и правила за класификацију хибридних финансијских инструмената дефинисана Модел-конвенцијом ОЕЦД и одговарајућим директивама Европске уније.

Кључне речи: *Хибридни финансијски инструменти. – Пореско планирање. – Опорезивање правних лица. – Сопствени капитал. – Позајмљени капитал.*

1. УВОД

Једна од последица развоја и раста финансијских тржишта, као и све већег броја новчаних трансакција међународног карактера, био је настанак великог броја различитих финансијских инструмената. Тако је на спектру између сопственог капитала, с једне

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *dbosankic76@ yahoo.com*.

стране, и позајмљеног капитала, с друге стране, настао велики број финансијских инструмената који у себи садрже карактеристике и сопственог и позајмљеног капитала. Имајући у виду да плаћена накнада за коришћење сопственог и позајмљеног капитала, посматрана са пореског аспекта, има различите ефекте, јасно је да, зависно од начина на који се конкретан финансијски инструмент класификује, проистичу различите директне пореске консеквенце.

Циљ овог рада је да се, након што се дефинише сам појам и опише значај хибридних финансијских инструмената, утврде критеријуми и методологија за њихово исправно класификовање у пореске сврхе. Такође, са аспекта пословног биланса, испитаћемо и саме пореске ефекте који могу да настану зависно од конкретне класификације самог хибридног финансијског инструмента. Анализи ће бити подвргнут и порескоправни третман хибридних финансијских инструмената зависно од тога да ли се трансакција структурира у једном порескоправном систему или је, пак, у питању међународни сценарио.

Претежни метод који ћемо користити у раду јесте упоредноправна анализа. На основу спроведених анализа даћемо у закључку *de lege ferenda* предлог о допуни пореских правила у Србији која се односе на хибридне финансијске инструменте.

2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Хибридни финансијски инструмент може да се дефинише као инструмент са економским карактеристикама које су делимично или потпуно неконзистентне са класификацијом која проистиче из правне форме инструмента. Ти финансијски инструменти, по правилу, садрже елементе сопственог капитала, позајмљеног капитала и/или деривата, са циљем да се њихове предности комбинују у оквиру истог инструмента. У међународном контексту, то по правилу ствара разлике у пореској карактеризацији и третману прихода од различитих инволвираних пореских јурисдикција.[1] Реч је, дакле, о инструментима који садрже више елемената и који се могу описати било као сопствени капитал са карактеристикама позајмљеног капитала, било као позајмљени капитал са карактеристикама сопственог капитала.[2]

[1] Julie Rogers-Glabus, *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam 2009, 222–223.

[2] Brian Coyle, *Hybrid Financial Instruments*, Financial World Publishing, Canterbury 2002, 2.

Типично, хибридни финансијски инструменти се користе приликом пореског планирања са циљем генерисања пореских уштеда, посебно у међународном сценарију, коришћењем разлика у пореском третману између различитих пореских јурисдикција, односно коришћењем тзв. конфликта квалификовања (енг. *qualification confict*).[3] Међутим, осим због чисто пореских циљева, хибридни финансијски инструменти могу да се користе и непорески мотивисано. Илустрације ради, узмимо за пример кредит који нема дефинисан рок доспећа (енг. *perpetual loan*). Могући непорески разлози за коришћење таквог инструмента су: нижа каматна стопа за кредит са дужим роком, интерес инвеститора за стабилним и предвидљивим извором прихода, могућност повећања каматне стопе након одређеног периода. Могући непорески мотиви за финансирање путем кредита уз учешће у профиту (енг. *profit participating loan*) могу да буду зависност накнаде од оствареног резултата, уговарање искључивања учешћа у губитку, једноставна и трошковно ефикасна капитална структура која не захтева анализу и издавање проспекта, висок степен финансијске флексибилности са могућношћу укључивања права конверзије, субординације итд.[4] Такође, као непорески мотиви за коришћење хибридних финансијских инструмената наводе се и смањивање ризика којем су инвеститори изложени пласирањем својих средстава у сопствени капитал компанија и повећање приноса на уложена средства.[5]

3. КРИТЕРИЈУМИ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

За потребе пореске карактеризације хибридних финансијских инструмената, генерално, постоје две алтернативе, приступ бифуркације (енг. *bifurcation*) и приступ интеграције (енг. *integration*). Коришћењем приступа бифуркације инструмент се дели на два или више посебних делова који се опорезују одвојено, сваки у складу са себи одговарајућим пореским правилима. Насупрот томе, применом приступа интеграције инструмент се посматра као целина и у складу са тиме се и опорезује.[6]

---

[3] Chris Finnerty *et al*., *Fundamentals of International Tax Planning* (ed. Raffaele Russo), IBFD, Amsterdam 2007, 124–125.

[4] Вид. Ramon Tomazela Santos, „Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification?“, *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law* (eds. Kasper Dziurdz, Christoph Marchgraber), Linde Verlag, Wien 2015, 180.

[5] Вид. Tony Rumble, Mohammed Amin, Ed Kleinbard, *The Taxation of Equity Derivatives and Structured Products*, Palgrave Macmillan, New York 2003, 5–6.

[6] J. Rogers-Glabus, 124.

Примену та два приступа илустроваћемо на примеру конвертибилних обвезница (енг. *convertible bonds*).[7] Са економске тачке гледишта, тај хибридни финансијски инструмент састоји се од две компоненте: (1) уговорне обавезе плаћања накнаде за коришћење инструмента и обавезе његове отплате и (2) опције да се тај инструмент конвертује у сопствени капитал. Коришћењем приступа бифуркације такав инструмент би био подељен у две посебне економске целине, односно једним делом би био третиран као позајмљени капитал, а другим делом као сопствени капитал. Међутим, уколико би се применио приступ интеграције, цео инструмент би био класификован или као сопствени или као позајмљени капитал, зависно од доминантних карактеристика.

Поставља се питање које су то доминантне карактеристике, односно који су то критеријуми од којих зависи како ће конкретни хибридни финансијски инструмент бити класификован приликом примене приступа интеграције. Генерално, критеријуми класификовања могу да се поделе на финансијске, који су од значајног утицаја, и нефинансијске, који су од допунског значаја.[8]

У доминантне финансијске критеријуме убрајамо карактер плаћене накнаде за коришћење инструмента и начин отплате самог инструмента. Уколико је накнада за коришћење инструмента у функцији оствареног профита, сам инструмент ће бити, по правилу, класификован као сопствени капитал, а ако то није случај, биће класификован као позајмљени капитал. Главно питање које се поставља у вези са критеријумима отплате самог инструмента јесте да ли је отплата инвестираног износа условљена или неизвесна, односно да ли власник инструмента дели предузетнички ризик. Уколико је то случај, сам инструмент ће бити класификован као сопствени капитал, а ако то није случај, биће класификован као позајмљени капитал.

Нефинансијски критеријуми од значајног утицаја на класификацију хибридних финансијских инструмената јесу чланска права[9] и права конверзије.[10] Уколико они постоје, хибридни финансијски ин-

[7] Вид. Antii Laukkannen, *Taxation of Investment Derivatives*, IBFD, Amsterdam 2007, 315–320.

[8] Вид. Sven-Eric Bärsch, *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Springer, Berlin – Heidelberg 2012, 229–237.

[9] Реч је о скупу права и обавеза који припадају имаоцу акције, а он их стиче преузимањем обавезе уношења одређеног улога у друштво. Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 261.

[10] Реч је о конвертибилном дужничком инструменту, односно о дужничком инструменту који у себи садржи право конверзије у сопствени капитал, под одређеним условима. Вид. Subhrendu Chatterji, Paul Hedges, *Loan Workouts and Debt*

струмент се класификује као сопствени капитал, а ако не постоје, инструмент се класификује као позајмљени капитал.

4. ПОРЕСКИ ЕФЕКТИ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Пореске ефекте класификације хибридних финансијских инструмената можемо да посматрамо са аспекта биланса стања и биланса успеха.

Пођимо најпре од биланса стања. Имајући у виду да је утањена капитализација ситуација у којој је сопствени капитал компаније мали у поређењу са позајмљеним капиталом[11], из тога јасно произилази закључак да ће на вредност односа између позајмљеног и сопственог капитала (енг. *debt to equity ratio*) пресудни значај имати чињеница да ли је конкретни хибридни финансијски инструмент класификован као сопствени или позајмљени капитал. Видимо, дакле, да примена правила о утањеној капитализацији директно зависи од класификације конкретног хибридног финансијског инструмента.

Уколико се за утврђивање пореске основице примењује поступак упоређивања нето имовине[12], основица за опорезивање представља разлику између нето имовине на крају текуће пословне године и нето имовине на крају претходне године, увећане за све исплате на терет сопственог капитала и умањене за сва допунска улагања (повећања) сопственог капитала.[13] И у овом случају се може закључити да ће пореска основица директно зависити од извршене класификације хибридног финансијског инструмента.

Алтернативни поступак утврђивања пореске основице у односу на поступак упоређивања нето имовине у којем се за потребе израде пореског биланса врше корекције позиција пословног биланса стања јесте усклађивање биланса успеха.[14] Суштина тог по-

---

for Equity Swaps: A Framework for Successful Corporate Rescues, John Willey & Sons, Chichester 2001, 270.

11 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво – Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997, 696.

12 Нето имовина представља разлику између укупне имовине (активе) и дугова (позајмљеног капитала). По својој рачунској вредности једнака је позицији сопственог капитала у оквиру пасиве биланса стања.

13 Јован М. Ранковић, *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1992, 46.

14 Тај поступак се у Србији користи за потребе утврђивања основице за опорезивање, осим у поступку утврђивања добити у периоду стечаја, када се добит обвезника утврђује као позитивна разлика вредности имовине обвезника са краја и са почетка периода стечаја, после намирења поверилаца. Вид. Закон о порезу на

ступка састоји се у усклађивању добити обвезника исказане у билансу успеха.[15] Врше се, дакле, корекције пословног биланса успеха са циљем да се изради порески биланс и да се утврди пореска основица. Пошто је са аспекта биланса успеха исплата дивиденди као накнаде за коришћење сопственог капитала неутралан догађај, утицај на пореску основицу имаће само исплата камате као накнаде за коришћење позајмљеног капитала. Камата није неутрална са аспекта биланса успеха јер као финансијски расход умањује пореску основицу, те ће класификовање хибридног финансијског инструмента као позајмљеног капитала имати за последицу и умањену пореску основицу.

5. ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА У ЈЕДНОМ ПОРЕСКОПРАВНОМ СИСТЕМУ

Зависно од тога да ли су учесници трансакције у једном порескоправном систему или је реч о трансакцији у међународном сценарију, биће примењена различита правила за порески третман трансакције.

Пођимо најпре од сценарија у којем се сви учесници трансакције налазе у једном порескоправном систему.

Зависно од права и обавеза које хибридни финансијски инструменти садрже, они се класификују са аспекта компанијског права и/или финансијског рачуноводства. Та класификација представља први корак и основ за даљу пореску класификацију, имајући у виду да се за пореске потребе врше одређене корекције. Као резултат извршених корекција и специфичних правила из области пореског права, могуће су две ситуације. Осим могућности да се за пореске потребе конкретан инструмент класификује на идентичан начин као и за потребе компанијског права, односно финансијског рачуноводства, постоји и могућност да исти инструмент буде различито класификован у односу на полазну класификацију.[16]

Дају ли и пореска правила у Србији могућност да исти хибридни финансијски инструмент буде различито класификован у односу на начин на који је то урађено у пословном билансу?

добит правних лица – ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење и 112/2015, чл. 6 и чл. 34.

[15] Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 183.

[16] Вид. S. E. Bärsch, 88–91.

Основица пореза на добит правних лица јесте опорезива добит, која се утврђује у пореском билансу усклађивањем добити обвезника исказане у билансу успеха, који је сачињен у складу и са, између осталог, прописима којима се уређује рачуноводство.[17] За признавање, вредновање, презентацију и обелодањивање позиција у финансијским извештајима, велика правна лица, правна лица која имају обавезу састављања консолидованих финансијских извештаја (матична правна лица), јавна друштва, односно друштва која се припремају да постану јавна, у складу са законом којим се уређује тржиште капитала, независно од величине, примењују међународне стандарде финансијског извештавања.[18] Имајући све то на уму, као и чињеницу да је циљ финансијских извештаја опште намене да обезбеде информације о финансијској позицији, финансијском успеху и токовима готовине ентитета, које су корисне за доношење економских одлука широког круга корисника[19], више је него јасно да, пошто циљ финансијских извештаја није утврђивање пореске основице, постоји простор да се телеолошким тумачењем права и обавеза садржаних у хибридном финансијском инструменту он класификује различито за пореске потребе. Међутим, и поред евидентног простора за различито класификовање, Закон о порезу на добит правних лица (ЗПДПЛ) не пружа основ за то. Основ за рекласификацију евентуално би могао да се пронађе у примени начела фактицитета.[20] Али, и у том случају треба напоменути да су и управна и судска пракса у домену примене начела фактицитета у Србији прилично скромне[21] те је због тога и упитно колики би био домет тог закона на овом пољу.[22]

[17] ЗПДПЛ, чл. 6.

[18] Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013, чл. 20.

[19] Међународни рачуноводствени стандард 1 – Презентација финансијских извештаја, пар. 9, ст. 1, *http://mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/Medunarodni%20racunovodstveni%20standard%201%20-%20Prezentacija %20finansijskih%20izvestaja.pdf*, 27. новембар 2016.

[20] Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015 і 15/2016, чл. 9.

[21] Д. Поповић (2015), 56.

[22] Осим тога, требало би напоменути да се позиције у пословном билансу и билансирају према својој економској суштини (на основу доктрине *суштина над формом*), а не са циљем утврђивања опорезиве основице. Имајући у виду ту чињеницу, као и захтев начела фактицитета да се пореске чињенице утврђују управо према њиховој економској суштини, чини се да је позивање на начело фактицитета практично немогуће уколико би за пореске потребе циљ био да се хибридни финансијски инструмент класификује различито од класификације која је извршена за потребе пословног биланса.

Можемо, дакле, да закључимо да пореска правила у Србији хибридне финансијске инструменте третирају на идентичан начин на који су они класификовани за потребе пословног биланса. Могућност рекласификације, иако би као опција требало да постоји, није предвиђена одредбама ЗПДПЛ, док би алтернативни начин рекласификације имао веома упитан исход.

6. ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА У МЕЂУНАРОДНОМ СЦЕНАРИЈУ

Коришћење хибридних финансијских инструмената у међународном сценарију прихваћено је као један од начина за остваривање циљева законите пореске евазије (енг. *tax avoidance*)[23] тако што се користе разлике у пореском третману у две или више пореских јурисдикција, чиме се постиже двоструко неопорезивање, укључујући и дугорочно одлагање плаћања пореза, што за последицу има суштинску ерозију пореске основице у дотичним земљама.[24]

Квантификовање коришћења хибридних финансијских инструмената у међународном сценарију представља посебан изазов јер се информације о пореском третману финансијских инструмената не могу добити из финансијских извештаја или стандардних пословних истраживања. Међутим, квалитативни докази сугеришу да се прекогранични хибридни финансијски инструменти широко користе и да значајно доприносе смањењу ефективне пореске стопе на прекограничне инвестиције.[25]

Имајући у виду поменути значај и утицај, мрежу уговора о избегавању двоструког опорезивања које је закључила Србија и њену опредељеност за чланство у Европској унији, размотрићемо ближе третман хибридних финансијских инструмената са аспекта уговора о избегавању двоструког опорезивања и са аспекта одговарајућих директива Европске уније.

6.1. Уговори о избегавању двоструког опорезивања

Пошто су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Репу-

[23] Henrique Domenici de Alencar, *Economic Crisis and Protection of Taxpayer's Rights – Tax Morality*, research for 71st IFA annual congress, Rio de Janeiro 2017, 57.

[24] OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris 2015, 11.

[25] Niels Johannesen, „Tax avoidance with cross-border hybrid instruments“, *Journal of Public Economics* 112/2014, 40.

блике Србије и непосредно се примењују[26] и пошто закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима[27], може се закључити да је Уставом Републике Србије недвосмислено прописан примат ратификованих међународних уговора у односу на унутрашње законодавство.[28] Полазећи од тога, може се закључити и да ће у случају да је за трансакцију у вези са хибридним финансијским инструментом меродавно српско пореско право, с једне стране, и пореско право земље са којом Србија има закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања, с друге стране, бити меродавне одредбе закљученог уговора. Порескоправни третман саме трансакције зависиће, дакле, од начина на који се она третира са аспекта самог уговора о избегавању двоструког опорезивања. За саму класификацију хибридног финансијског инструмента као сопственог или позајмљеног капитала пресудан значај има класификација накнаде која се плаћа власнику инструмента.[29] Уколико се та накнада класификује као дивиденда, сам инструмент ће бити класификован као сопствени капитал, док ће у случају да се накнада класификује као камата, сам инструмент бити класификован као позајмљени капитал. Од значаја за конкретну трансакцију су, дакле, одредбе уговора којима се дефинишу дивиденда и камата.

Размотримо, за потребе овог рада, на који начин се дивиденда и камата дефинишу у Модел-конвенцији ОЕЦД (Модел-конвенција) о порезима на доходак и имовину и која правила препоручује ОЕЦД како би се неутралисали ефекти аранжмана који користе неслагање карактеристика хибридних финансијских инструмената.

У члану 10, став 3, Модел-конвенције дат је такозвани тест сопственог капитала на основу дефиниције појма „дивиденда“. Уколико су критеријуми дефиниције задовољени, хибридни финансијски инструмент и накнаде које из њега проистичу испуњаваће услове за тест сопственог капитала. Реч „дивиденде“ у овом члану означава доходак од акција, односно права која омогућавају учешће у нето добити компаније без давања власничких права (*jouissance* акција[30] или

[26] Вид. Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 16.

[27] Вид. Устав, чл. 194.

[28] Д. Поповић (2015), 263.

[29] S. E. Bärsch, 97.

[30] *Jouissance* акције су хартије од вредности које издају компаније у неким земљама које садрже у себи право на капитални вишак (уколико постоји) након ликвидације компаније и које такође могу да дају право својим власницима на проценат од годишњег профита. *Jouissance* акције могу да буду издате приликом реорганизације компаније, при чему се део капитала амортизује, а права ак-

jouissance права[31]), рударских акција, оснивачких акција или других права учешћа у добити која нису потраживања дуга, као и доходак од других права компаније који је порески изједначен са дохотком од акција у законима државе чији је резидент компанија која врши расподелу.[32]

Пошто сам појам „права компаније“ није посебно дефинисан у Модел-конвенцији, а као нефинансијски елеменат може да има веома важну улогу у класификацији самог инструмента, на овом месту би га требало ближе објаснити. Тако, појам „права компаније“ тумачен у складу са коментарима Модел-конвенције јасно означава не само права која проистичу из сопственог капитала већ и права по основу позајмљеног капитала који је, по својој природи, у ствари сопствени капитал. Потраживања по основу позајмљеног капитала квалификују се као права на основу којих се остварује дивиденда само у ситуацијама у којима је природа потраживања по основу позајмљеног капитала ближа сопственом капиталу по основу чињенице ефективне поделе предузетничког ризика којем је изложена компанија.[33]

Дакле, један од кључних фактора за интерпретацију појма „права компаније“ јесте чињеница да ли лице које пласира своја средства дели предузетнички ризик којем је изложена компанија у којој се средства пласирају. Постоји неколико индикатора који указују на то да инвеститор дели предузетнички ризик којем је изложена компанија: чињеница да ће инвеститор учествовати у профиту који искаже компанија; отплата износа главнице је субординирана у односу на потраживања других кредитора; сам износ накнаде зависи од исказаног профита. Напослетку, сам уговор не садржи фиксне одредбе по којима постоји обавеза отплате износа главнице до одређеног датума.[34]

За класификацију хибридног финансијског инструмента као позајмљени капитал користи се такозвани тест позајмљеног капитала, који је дефинисан чланом 11, став 3 Модел-конвенције. Према том члану, израз „камата“ означава доходак од потраживања дуга сваке врсте, независно од тога да ли су обезбеђена залогом и да ли се

туелних власника редукују. У таквом случају, до извесне мере, оне представљају компензацију акционарима за претрпљени губитак. J. Rogers-Glabus, 255.

31 *Jouissance* право је право на учешће у профиту компаније без тога да буде потраживање по основу позајмљеног капитала. *Ibid*.

32 Српско фискално друштво, *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину*, Београд 2016, 30–31.

33 Вид. Marjaana Helminen, *The International Tax Law Concept of Dividend*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, 177.

34 Вид. S. E. Bärsch, 100.

на основу њих стиче право на учешће у добити дужника, а нарочито доходак од државних хартија од вредности и доходак од обвезница или записа, укључујући премије и награде на такве хартије од вредности, обвезнице или записе. Казнена камата не сматра се каматом за сврхе тог члана.[35]

Појам „потраживања дуга сваке врсте" није посебно дефинисан у Модел-конвенцији, због чега га треба аутономно тумачити у складу са њеним чланом 3, став 2.

Имајући у виду услове из теста сопственог капитала, можемо да закључимо да уколико се конкретним инструментом не дели предузетнички ризик, не постоји однос субординације према свим осталим кредиторима нити је износ који се отплаћује зависан (енг. *contingent*), а при томе су испуњени услови из теста позајмљеног капитала, такав инструмент би требало да буде класификован као позајмљени капитал.

Осим те две алтернативе, односно опције да се конкретан финансијски инструмент класификује било као сопствени, било као позајмљени капитал, постоји и трећа могућност – да се конкретан финансијски инструмент не класификује ни као позајмљени ни као сопствени капитал. Таква могућност се јавља у случају када је отплата инструмента зависна, али с друге стране инструмент не садржи права на учешће у текућем профиту корисника инструмента нити се такав инструмент третира на исти начин као сопствени капитал за пореске потребе у земљи извора. Таква ситуација, уопштено, може да доведе до примене члана 21 Модел-конвенције, тако да накнада која се плаћа за коришћење хибридног финансијског инструмента може да буде једино предмет опорезивања у земљи резидентства, док у земљи извора није дозвољено да се наметне обавеза плаћања пореза по одбитку.[36]

Пошто је коришћење хибридних финансијских инструмената препознато као алат за ерозију пореске основице и измештање профита (енг. *Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*), ОЕЦД је у оквиру *BEPS* пројекта дефинисао препоруке за правила која, након имплементације у домаће право и уговоре о избегавању двоструког опорезивања, имају циљ да неутралишу негативне ефекте коришћења хибрида.[37] Неутрализацијом неслагања[38] у пореским исходима тим

[35] Српско фискално друштво, 31.

[36] S. E. Bärsch, 108.

[37] Вид. OECD, *Action 2 – 2015 Final Report*, 11–12.

[38] Као извор неслагања у третману хибридних финансијских инструмената наводе се плаћања код којих се као исходи јављају истовремени одбитак, с једне стране, и неукључивање у основицу, с друге стране (енг. *deduction/no inclusion outcome – D/NI outcome*). Другим речима, реч је о плаћањима која представљају

правилима ће бити спречено коришћење таквих аранжмана са циљем ерозије пореске основице и измештања профита без негативног утицаја на прекограничну трговину и инвестиције. Правила се аутоматски примењују и постоји редослед у форми примарног правила (енг. *primary rule*) и секундарног, односно одбрамбеног правила (енг. *defensive rule*). На тај начин се спречава да та правила примени више од једне земље на исти аранжман и истовремено се избегава двоструко опорезивање. Како та правила превазилазе обим овог рада, нећемо се детаљније упуштати у њихово навођење и анализу већ ћемо се само осврнути на принцип њихове примене. Препоручено примарно правило је да земље не признају плаћање као порески одбитак до износа до којег оно није укључено у опорезиви приход примаоца у другој земљи, односно такође може да се користи као порески одбитак у другој земљи. Уколико примарно правило није примењено, друга земља може да примени одбрамбено правило и да захтева да се износ, уместо да буде искоришћен као порески одбитак, укључи у основицу за опорезивање, или да не дозволи дупло коришћење пореског одбитка, зависно од природе неслагања.[39]

6.2. Директиве Европске уније

Имајући у виду опредељење Србије за чланство у Европској унији, погледајмо какав је третман хибридних финансијских инструмената у пореском праву Европске уније.

Тест сопственог капитала дефинисан је у Директиви о пореском третману дивиденди које филијала исплаћује матичној компанији (енг. *EU Parent-Subsidiary Directive*). Главни циљ Директиве је да се обезбеди уједначен порески третман дела добити који филијала, која је резидент једне земље чланице, исплаћује матичној компанији у другој земљи чланици.[40] У члану 1, став 1 Директиве захтева се да је чланице Европске уније примењују у вези са дистрибуцијом профита.[41] При томе Директива не садржи било какву референцу

одбитну ставку, односно порески признат трошак, у пореској јурисдикцији у којој послује лице које врши плаћање, док се, с друге стране, исто плаћање не третира као приход са аспекта пореских правила јурисдикције у којој послује прималац средстава. Као специфичне препоруке за побољшање домаћег законодавства за ту врсту неслагања предлаже се да дивиденде не буду изузете као одбитно плаћање, као и пропорционално ограничење кредита по основу пореза по одбитку. *Ibid*., 16.

[39] *Ibid*., 20.

[40] Гордана Илић Попов, *Пореско право Европске уније*, Службени гласник РС, Београд 2004, 143.

[41] *Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member*

у односу на Модел-конвенцију нити се у њој посебно дефинише „дистрибуција профита“, тако да тај појам остаје нејасан. Оно што је сигурно јасно јесте да се Директива примењује само у случају дистрибуције профита у оквиру групе повезаних лица. Такође, може се рећи да је општеприхваћено мишљење да је појам „дистрибуција профита“ нешто шири појам од појма „дивиденда“.[42]

Широко је прихваћено и мишљење да „дистрибуција профита“ обухвата прерушене (енг. *disguised*) или скривене (енг. *hidden*) исплате дивиденди, али не и капиталне добитке од продаје или других отуђења акција, или дистрибуцију ликвидационог остатка. Спорно је и да ли појам „дистрибуција профита“ треба да буде интерпретиран у складу са законом релевантне земље чланице или би требало да има своје аутономно значење.[43] У стручној литератури преовладава ипак мишљење да је то аутономан појам права Европске уније који би требало да тумачи Европски суд правде.[44]

Тест за позајмљени капитал налази се у члану 2 Директиве о опорезивању камата и ауторских накнада (енг. *EU Interest and Royalties Directive*). Циљ те директиве је да укине порезе по одбитку на камате и ауторске накнаде исплаћене у односима између повезаних компанија, које су резиденти различитих земаља чланица Европске уније.[45]

Под појмом „камате“ подразумева се приход од потраживања по основу дуга сваке врсте, без обзира на то да ли је потраживање обезбеђено хипотеком или на неки други начин и независно од тога да ли садржи право на учешће у профиту дужника или не, а посебно приход од хартија од вредности и приход од обвезница, укључујући премије и награде од таквих хартија од вредности и обвезница. Казнене камате које се обрачунавају на закаснела плаћања не сматрају се каматом.[46]

States, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0435:en:HTML*, 18. децембар 2016.

[42] Вид. Marjaana Helminen, *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2011, 148.

[43] Christiana HJI Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, 33–34.

[44] Reinout de Boer, Frederik Boulogne „Netherlands“, *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2012, 837.

[45] Г. Илић Попов, 161–162.

[46] *Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0049:en:HTML*, 19. децембар 2016.

Као што се може и видети, појам „камата“ је у основи идентично дефинисан и у великој мери следи члан 11 Модел-конвенције.[47] У вези са тим требало би напоменути и да Европска комисија у свом меморандуму са тумачењима (енг. *explanatory memorandum*) и експлицитно упућује на коментаре Модел-конвенције, тако да њени званични коментари могу да имају одређену интерпретативну важност.[48] Тај став је, истина у једном другом контексту, заузео и Европски суд правде.[49]

Дакле, за разлику од појма „дистрибуција профита“, који је прилично широко постављен и не садржи било какве референце у односу на коментаре Модел-конвенције, појам „камата“ је дефинисан веома слично начину на који је то учињено у Модел-конвенцији.

7. ЗАКЉУЧАК

Савремена финансијска тржишта карактерише веома обимна понуда финансијских инструмената, која, као производ активности финансијског инжењеринга, носи одређени ниво ризика и приноса. Финансијски инструменти који у себи истовремено садрже права и обавезе карактеристичне и за сопствени и за позајмљени капитал називају се хибридни финансијски инструменти.

---

47 Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, The Hague 2005, 636.

48 *Ibid*.

49 Став је заузет у пресуди од 15. маја 2008. у предмету C-414/06*, Lidl Belgium GmbH & Co. KG*. Немачки резидент, тужилац у том предмету, *Lidl Belgium*, основао је сталну пословну јединицу у Луксембургу која је током 1999. године исказала губитак, за који је тужилац хтео да искористи могућност да га искаже као порески одбитак за потребе обрачуна пореске основице у Немачкој. Међутим, пошто је одредбама закљученог уговора о избегавању двоструког опорезивања између Немачке и Луксембурга предвиђено да приходи које оствари стална пословна јединица у Луксембургу буду изузети од опорезивања у Немачкој, немачке пореске власти заузеле су став да самим тиме ни губици који су исказани у Луксембургу не могу да се користе као одбитна ставка приликом утврђивања пореске основице у Немачкој, посебно због тога што је исти губитак могао да буде искоришћен и за умањење пореске основице у Луксембургу током наредних обрачунских периода. Имајући, између осталог, у виду конкретне одредбе закљученог уговора о избегавању двоструког опорезивања између Немачке и Луксембурга, дефиницију појма сталне пословне јединице *на начин на који се она дефинише у Модел-конвенцији ОЕЦД-а*, став да земље чланице могу извући смернице из међународне праксе, а *посебно из Модел-конвенције*, као и легитимни интерес земље чланице да користи своје право да опорезује, Европски суд правде је нашао да је немачки порески режим у том случају био сразмеран; *http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1 &mode=DOC&docid=67375&occ=first&dir=&cid=38489*, 1. јануар 2017.

Мотиви за коришћење хибридних финансијских инструмената могу да буду непорески и порески. За пореске потребе карактеризације хибридних финансијских инструмената у пракси су развијени приступ бифуркације, који се ређе примењује, и приступ интеграције.

Порески ефекти хибридних финансијских инструмената могу да се сагледавају са више аспеката. Ако се посматрају из угла финансијских извештаја, њихова класификација може да има пореске ефекте и на биланс стања и на биланс успеха.

За потребе класификације хибридних финансијских инструмената у једном порескоправном систему, као полазна основица требало би да служе правила дефинисана компанијским правом, односно рачуноводством. Међутим, на тај начин извршена класификација не би требало да буде обавезујућа и за потребе пореског права. Другим речима, за потребе пореског права треба предвидети и опцију другачијег класификовања хибридног финансијског инструмента у односу на начин на који је то учињено према правилима компанијског права, односно рачуноводства.

У пореском систему Србије, *de lege lata*, није предвиђена могућност другачијег класификовања хибридног финансијског инструмента за пореске потребе у односу на начин на који је то учињено у пословном билансу. То, с једне стране, представља простор за пореско планирање, док, с друге стране, представља и област која би требало да буде додатно правно нормирана, како би се избегле евентуалне негативне последице умањења пореске основице. Имајући то у виду, потребно је да се, *de lege ferenda*, допуне пореска правила у Србији тако да се омогући да се за пореске потребе изврши другачија класификација хибридног финансијског инструмента у односу на начин на који је то учињено у пословном билансу.

У међународном сценарију, хибридни финансијски инструменти се класификују у складу са карактером накнаде која се плаћа за њихово коришћење. У том смислу користи се тест сопственог капитала који је дефинисан чланом 10 Модел-конвенције, док је тест позајмљеног капитала дефинисан њеним чланом 11.

У пореском праву Европске уније такође постоје посебна правила којима је дефинисан тест сопственог, односно позајмљеног капитала. И док су правила за тест позајмљеног капитала у великој мери слична и ослањају се на Модел-конвенцију, тест сопственог капитала је аутономно и прилично нејасно и широко дефинисан. Европски суд правде дао је у својој пракси одређену интерпретативну важност коментарима Модел-конвенције ОЕЦД.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bärsch, S. E., *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Springer, Berlin – Heidelberg 2012.

Boer, R., Boulogne F., „Netherlands“, *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2012.

Chatterji, S., Hedges, P., *Loan Workouts and Debt for Equity Swaps: A Framework for Successful Corporate Rescues*, John Willey & Sons, Chichester 2001.

Coyle, B., *Hybrid Financial Instruments*, Financial World Publishing, Canterbury 2002.

Domenici de Alencar, H., *Economic Crisis and Protection of Taxpayer's Rights – Tax Morality*, research for 71st IFA annual congress, Rio de Janeiro 2017.

Finnetrty, C. *et al.*, *Fundamentals of International Tax Planning* (ed. R. Russo), IBFD, Amsterdam 2007.

Helminen, M., *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2011.

Helminen, M., *The International Tax Law Concept of Dividend*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.

Илић Попов, Г., *Пореско право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2004. (Ilić Popov, G., *Poresko pravo Evropske unije*, Službeni glasnik RS, Beograd 2004)

Johannesen, N., „Tax avoidance with cross-border hybrid instruments“, *Journal of Public Economics* 112/2014.

Laukkannen, A., *Taxation of Investment Derivatives*, IBFD, Amsterdam 2007.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris 2015.

Panayi, C. HJI, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

Поповић, Д., *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво – Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997. (Popović, D., *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo – Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku, Beograd 1997)

Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Rogers-Glabus, J., *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam 2009.

Rumble, T., Amin, M., Kleinbard, E., *The Taxation of Equity Derivatives and Structured Products*, Palgrave Macmillan, New York 2003.

Ранковић, J. M., *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1992. (Ranković, J. M., *Teorija bilansa*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1992)

Српско фискално друштво, *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину*, Београд 2016. (Srpsko fiskalno društvo, *Model-konvencija o porezima na dohodak i na imovinu,* Beograd 2016)

Terra, B. J. M., Wattel, P. J., *European Tax Law*, The Hague 2005.

Tomazela Santos, R., „Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification?“, *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law* (eds. K. Dziurdz, C. Marchgraber), Linde Verlag, Wien 2015.

Васиљевић, M., *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011)

Dragan Bosankić, LL.M.

PhD candidate
University of Belgrade, Faculty of Law

TAX AND LEGAL TREATMENT OF HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS

Summary

Besides the motives not prevailingly concerning the tax, hybrid financial instruments are used both in the context of one tax system, and particularly in the international scenario, aiming at tax savings generation. Depending on whether the participants in the transaction are taxpayers within the same tax system, or not, the paper analyses the tax and legal consequences of the classification of hybrid financial instruments. Special attention has been paid to the tax and legal treatment of hybrid financial instruments in the Serbian taxation legislation, in which, for taxation purposes, there is no possibility of different classification in relation to the way it has been done in terms of company law and accounting. This drawback in Serbian taxation legislative on the one hand opens the possibility for tax planning by using hybrid financial instruments, while

on the other hand it is an area that should be specifically regulated. In addition, in terms of the international scenario, using a comparative method, the paper analyses the rules for the classification of hybrid financial instruments defined by OECD-Model convention and the relevant EU directives.

Key words: *Hybrid financial instruments. – Tax planning. – Corporate taxation. – Equity. – Debt.*

Article history:
Received: 8. 6. 2017.
Accepted: 16. 10. 2017.

УДК 347.412:621.311

CERIF: S130, S142

Марко Радовић, мастер*

Марко Томић, мастер**

СУДСКА ЗАШТИТА ДРЖАВИНЕ СМЕТАНЕ ОБУСТАВОМ ИСПОРУКЕ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

Уочени проблеми у примени права поводом судске заштите државине услед обуставе испоруке електричне енергије подстакли су ауторе на размишљање о модалитетима њиховог превазилажења. На том путу се, у виду претходног питања, наметнула потреба за анализом „вечитих" теоријскоправних дилема у вези са правним институтом државине, а потом и саме електричне енергије као ствари у праву. Општи осврт на судски поступак државинске заштите услед обуставе испоруке електричне енергије у овом раду нужна је основа за формулисање предлога решења у вези са: сметањем државине од налогодавца, пасивном легитимацијом оператора, садржином тужбеног захтева и примењивости подзаконских аката у том поступку. Истицање поменутих предлога, чији се квалитет може потврдити једино строгим судом оних који право примењују, крајњи је циљ овог рада.

Кључне речи: *Државина. – Посесорни поступак. – Обустава испоруке електричне енергије.*

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду и виши судијски сарадник Привредног суда у Крагујевцу, *markoradovic985@yahoo.com*.

** Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду и виши судијски сарадник Привредног апелационог суда, *marko.tomic.0306@gmail.com*.

1. ДРЖАВИНА – ИЗМЕЂУ ФАКТА И „ПРАВА“

1.1. О државини уопште

Посматрано кроз „фактичку власт на ствари“, као њено типолошко обележје, ни лаковеран не може остати спокојан у односу на све дилеме које заштита државине собом носи. Најчешће су размастрана нека од најосновнијих питања. Међутим, чак и поред значајне заступљености у правној литератури и примени права, још увек се не могу недвосмислено одгонетнути дилеме у вези са неким основним питањима, која се односе на „појам државине, њену правну природу и разлог државинске (посесорне) заштите“.[1]

Осетне потешкоће у тим интелектуалним напорима, поводом којих су „чак и највећи имали тешкоће..., па и мењали мишљења“,[2] настају због високог степена неодређености и сталних спорења о значењу елементарног обележја државине, тј. „фактичке власти на ствари“. Енигму јасног одређења тог појма продубљују бројне чињенице или чињенични скупови који се под њим могу подвести. Тако се под „фактичком влашћу“ подразумева непосредан фактички однос са одређеном ствари, али и одређене околности које само посредно указују на постојање утицаја према одређеној ствари, а државноправни поредак их препознаје као државину.[3] С друге стране, у појединим животним ситуацијама, уколико се и поседује тако описана фактичка власт, не значи аутоматски да је у питању државина. Такав је случај са детенцијом, где детентор има „фактичку власт“, али не и државину.[4] Има и бројних случајева државине без икакве фактичке власти (нпр. код симболичке предаје), где се само одређено „фактичко стање“ подводи под правну установу државине.

---

[1] Vladimir Vodinelić, „Šta se štiti u posesornom postupku? O pojmu i prirodi državine (poseda)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3–4/2013, 765.

[2] Према V. Vodinelić (2013), чак је и *F. C. V. Savigny* државину испрва сматрао фактом, да би је касније описао и као факт и као право.

[3] Бројне су појаве такве природе, попут: постојања актуелне могућности да се успостави фактичка веза са ствари иако она није у непосредном поседу“ (нпр. државина стана у другом граду), потом, „само пролазна немогућност да се ступи у однос са ствари“ (нпр. државина тренутно загубљене ствари), „постојање околности које саме указују да је неко остварио фактичку власт на ствари“, „вољно препуштање фактичке власти на ствари некоме ко преносиоцу признаје јаче право на њој“, „ефикасно наређивање другоме“, „ефикасна забрана другоме да предузима одређене радње на ствари... (тзв. државина права стварне службености)“, „поновљено примање туђих радњи, нпр. испоруке воде, електричне енергије, електронских импулса, података и др. (тзв. државина довођења)“, „тзв. наследничка државина“, „укњиженост у земљишној књизи права на непокретности“. Детаљније: *Ibid*., 771–772.

[4] Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон, чл. 71.

Због тога каткад није увек лако препознати који су то појавни облици „фактичке власти на ствари“ или „фактичког стања у погледу ствари“ који се јасно могу подвести под правну установу, државину. О том питању није чак могуће дати ни уопштен одговор већ је нужно о њему судити у сваком конкретном случају.[5] Правни писци проналазе одређена негаторна схватања тог појма, а јављају се и тзв. афирмативна. У оквирима негаторних схватања, која су владајућа у Немачкој и Швајцарској, указује се на то да фактичка власт означава разне појаве у којима се препознаје потреба везивања правних последица (тзв. теорија релативности појма зависно од правне последице). Постоје и схватања да је фактичка власт на ствари „тзв. елементарни појам који се и не да ближе одредити, одн. не да се унапред или уопште определити критеријум или критеријуми на основу којих би се знало да ли је посреди фактичка власт него остаје једино да се то одређује од случаја до случаја према схватању које влада у односима међу људима (теорија елементарног појма, теорија социјалног појма)“.[6] Међу афирмативним схватањима препознатљива су она која фактичку власт посматрају као континуитет одређеног стања (теорија интереса континуитета), потом као могућност физичког утицаја на ствар без нарушавања сфере туђе државине (теорија физичког утицаја) или као претежну вероватноћу да се спроведе своја воља на ствари (теорија претежне вероватноће).[7] Сваки од поменутих приступа има значајну теоријску и практичну вредност. Уистину, ниједан од њих се не може безрезервно прихватити. Иако то није уобичајено, државина постоји и онда када нема континуитета (нпр. стицањем државине окупацијом), када фактичка власт није јасно видљива (нпр. државина стечена симболичком предајом), чак и када није у питању трајније стање (нпр. код табуларне државине). Отуда је вредновању потребе да се одређено фактичко стање у погледу ствари може подвести под правну установу државине нужно у сваком конкретном случају независно и самостално приступити.

Неизбежно је указати и на вишевековну полемику о питању да ли је државина чињеница или право, или можда и чињеница и право истовремено. Још су правници римског доба били подељени.[8] Ни данас не постоји јединствен став о том питању, независно од

[5] James Gordley, Arthur Taylor von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – readings, cases, materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 157.

[6] V. Vodinelić (2013), 776.

[7] *Ibid*.

[8] Више о томе вид. Тања Вицковић, *Правна дејства државине у савременом праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016, 46; Petar Radošević, „Pravna priroda posjeda“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/2009, 345–350.

опредељења за римску концепцију државине или модерну, која је заступљена у српском позитивном праву.[9] Ипак, може се рећи, да претеже став о државини као чињеници која је правно релевантна.[10] Она улази у правну сферу, али није право. Указује се на то да државина, прихваћена као „фактичко стање“, производи одређена правна дејства. Уобичајено, та дејства могу бити усмерена према самом државоцу, као и поводом објекта државине. Тако из државине као факта произлазе и одређена права државоца која му правни поредак признаје само због тога што има државину. Она су тројака. Једно је тзв. право на државину (1), које нема неку своју самосталну садржину већ је саставни део неког другог права или обавезе или је повезано са њима (нпр. власничка државина у склопу права својине). Исто тако, за државоца се везује и право да се сва трећа лица искључе од утицаја на државину (2) и његово право на државинску (посесорну) заштиту (3), коју му државноправни поредак признаје.[11] С друге стране, државина као фактичко стање производи и одређена правна дејства која настају поводом објекта државине, нарочито у погледу стицања стварних права државоца (нпр. путем одржаја, окупацијом, стицањем од невласника) и одговорности за штету која потиче од ствари која се налази у његовој државини.[12] У поменутим специфичним правним дејствима прожимају се основне функције државине: публицитет, континуитет и заштитна функција.[13]

Следствено томе, могуће је уопштено, а посебно у контексту предметне расправе, рећи да се државина посматра као правно релевантна чињеница манифестована у виду фактичке власти на ствари или фактичког стања у погледу ствари, која производе одређена правна дејства.

Отпочету дискусију о државини ваља поткрепити објашњењем разлога државинске заштите. Постоји, дакле, дилема зашто се у

[9] По римској (субјективној) концепцији за државину је била потребна сама власт у погледу ствари – *corpus* и воља одређене садржине – *animus*. Модерна концепција захтева само постојање *corpus*-а за постојање државине. О томе: Љубиша Дабић, *Пословно право*, Београд 2015, 92. Вредно је помена и да воља државоца *animus* у савременом праву има битно другачије значење него у римском праву, ...сада схваћена као поседовна воља (*animus possidendi*), која је од нарочитог значаја за разликовање државине од детенције која такође подразумева фактичку власт, али без поседовне воље“. Ненад Тешић, „Неколико актуелних питања из области заштите државине“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2/2014, 60.

[10] Даница Попов, „Правна дејства државине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006, 218; Душко Медић, „Државина у праву Републике Српске“, *Годишњак Факултета правних наука* 2/2012, 5–6; Т. Вицковић, 48.

[11] V. Vodinelić (2013), 785–786.

[12] Детаљније вид. Д. Попов (2006), 217–235.

[13] Т. Вицковић, 126.

одређеном државноправном поретку сматра потребним да се одређени факт, односно чињеница каква је државина, правно заштити. Формулисању смисленог одговора на то питање нужно претходи анализа неких заступљених теорија које су усмерене ка проналажењу „кључа“ за заштиту државине.[14] Према теорији мира, сврха заштите државине проналази се, с једне стране, у потреби очувања јавног реда и мира (заштита јавног интереса), али и, у новије време, у штићењу приватних интереса самог држаоца (попут заштите приватне својине). Теорија личности усмерена је ка одбрани идеје да се угрожавањем државине повређује и држаочева личност. Из теорије својине произлази претпоставка да је државина најчешће и носилац права својине, па је отуда државинска заштита „скраћена, поједностављена, олакшана заштита својине и тиме допуна петиторне заштите својине“.[15] Теорија континуитета посвећује пажњу одбрани става да заштита државине служи обезбеђивању постојане могућности да се располаже добрима. Заступљена је и теорија највеће економске користи, која објашњава државину као одређену вредност која се штити независно од државине. Као таква, она представља економску власт на стварима.[16] Отуда је државинска заштита више заштита економског него правног интереса.[17] Изнетим теоријама се могу придодати и покушаји њихових комбинација.[18] Мора се признати да све поменуте теорије имају значајну вредност за контекст правдања државинске заштите, али и своје мањкавости. Њихова неодрживост се најчешће испољава приликом примене у тзв. нетипичним ситуацијама сметања. То су случајеви када је у државини засметан онај државалац који нема овлашћење да то буде (попут лопова).[19] Зато се у новије време јавља и још једна, посебно образложена и темељна, тзв. теорија затечене појавне слике права и оба-

[14] Више о теоријама посвећеним заштити државине: Владимир Водинелић, „Чему посесорни поступак? О разлогу посесорне заштите државине“, *Правни записи* 1/2014, 8–15.

[15] В. Водинелић (2014), 10.

[16] На пример, Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1980, 185.

[17] Д. Медић, 7.

[18] В. Водинелић (2014), 13–15.

[19] Тако В. Водинелић оправдано запажа да се разлогом ниједне теорије не може оправдати зашто би се посесорно штитио државалац који нема овлашћења да то буде, или има обавезу да трпи сметање, или је засметан без употребе силе и ван икаквог манифестованог сукоба са сметаоцем (Или, другачије казано, зашто таквоме признати право на искључење трећих од утицаја на државину)“. Вид. В. Водинелић (2014), 29. У том смислу, право да заштити своју државину имао би и књижевни лик Велизар Настасијевић који је „већ другог дана по завршетку рата пожурио да се усели у кућу бившег јеврејског индустријалца страдалог у Дахауу, да је назове *моја кућа* и да се у тој кући почне осећати као у својој кући“. Светислав Басара, *Дуговечност*, Београд 2012, 147.

веза.[20] По њој се у посесорном поступку штитити затечено, постојеће стање ствари јер се претпоставља да се за њега везује неко право или обавеза. Тако се она гради „на самој појавној слици права или обавеза као правној вредности заштићеној независно од тога да ли је стварно правно стање подударно“[21] њој. Управо се том појавном сликом оправдава и потреба за државинском заштитом, с обзиром на то да из ње, као такве, могу произаћи одређена правна дејства (нпр. може се стећи право својине, произаћи одговорност држаоца за штету и сл.). Сметањем (узнемиравањем или одузимањем) тако затеченог стања, односно појавне слике права и обавеза, нарушава се и право држаоца, био он законит или не, да се искључи утицај свих трећих лица на државину. Снажна су уверења да је у томе „кључ“ државинске заштите.

1.2. Државина електричне енергије

Полемика о државини електричне енергије у материјално-правном смислу обично је прожета двема дилемама. Прва се односи на дуго расправљано питање: да ли је електрична енергија ствар или нешто друго? Друга, која свакако произлази из прве, трага за одговором: да ли је код електричне енергије реч о државини ствари или државини права?

Оправданост расправе о питању да ли је електрична енергија ствар или није могуће је пронаћи већ у следећим „сликовитим“ речима: „Да је неко, видевши ‘чудо Нијагаре или Ђетине’ у то доба тврдио да је струја ствар, вероватно би био проглашен неозбиљним.“[22] Бивало је и ставова да није у питању ствар већ „појава на ствари“ јер је у питању „снага“, способност неког тела за вршење рада, а не материја у смислу телесне ствари“.[23] Међутим, у савременом праву преовлађује став да је електрична енергија ствар. Данас „није неопходно да ствар има неку форму и да се њено постојање може констатовати чулом пипања, како је то тражило римско право“.[24] Тако и енергије, међу којима и електрична, „имају материјални карактер“, па могу представљати ствар. Наравно, електрична енергија је ствар само онда када су је произвели људи или они њоме управљају, а не када евентуално слободно функционише у природи и када је ван људског делања и апрехензије (попут електрицитета муње, грома и

[20] В. Водинелић (2014), 46.

[21] *Ibid.*, 48.

[22] Драгољуб Симоновић, *Право о електричној енергији*, Београд 1998, 76.

[23] Борислав Благојевић (гл. ред.), *Правна енциклопедија*, Београд 1979, 300. За негативан став о електричној енергији као ствари, Д. Симоновић упућује и на: Миливој Миладиновић, *Електрицитет и право*, Суботица 1929, 32–33.

[24] Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 6.

сл.).[25] Нужност да, као ствар, мора бити подвргнута „људској власти" препознаје се и уколико се пође од основног појма ствари, као дела материјалне природе и производа људског рада који се може подвргнути људској власти и на којем постоји право својине или неко друго стварно право.[26] Дакле, да би била ствар, електрична енергија мора бити подвргнута вољи и моћи човека. Она мора бити у људској апрехензији.[27]

Као ствар, електричну енергију регулишу и одређени грађански законици у упоредном праву.[28] Таквом је сматра и Конвенција Уједињених нација о међународној продаји робе – Бечка конвенција (1980).[29] Да је електрична енергија ствар, доминантно је схватање и српске правне мисли.[30] Представља покретну ствар јер се без оштећења њене суштине може преносити („дистрибуирати") с једног места на друго. Производ је, не плод. Она је и бестелесна, јер се не може „чулима опипати", и прометљива (*res in commercio*). С обзиром на критеријум могућности распознавања њених саставних делова, може се рећи да електрична енергија представља просту ствар, када је предмет самосталног промета. Међутим, она може да буде и припадак, уколико је функционално повезана са каквом главном ствари, било непокретном (нпр. кућа, зграда) или покретном (нпр. киоск). Према неким другим критеријумима поделе, у питању је ствар одређена по роду, потрошна, проценљива и дељива ствар. Посматрано са становишта одговорности за штету, електрична енергија се препознаје као опасна ствар. Таква је и „сама по себи", дакле, по својим физичким својствима.

Имајући у виду описана специфична својства електричне енергије као бестелесне, покретне ствари, поставља се дилема да ли њено „поседовање" представља државину ствари или државину права. Ту проблематику продубљују сама неприкладност израза „државина ствари" и „државина права",[31] с једне стране, и чињеница

[25] Д. Симоновић, 77.

[26] Љ. Дабић, 84; О. Станковић, М. Орлић, 6.

[27] Д. Симоновић, 77.

[28] Италијански Грађански законик (1942), чл. 814; мађарски Грађански законик (1959), параграф 94; ранији чехословачки Грађански законик (1950), чл. 23 и др.

[29] Сходно чл. 2 Бечке конвенције, електрична енергија се третира као предмет продаје у уговорима о међународној продаји робе.

[30] „Њу човек производи, њом управља, потчинио је својој власти, преноси је путем далековода, продаје је, краде...". Д. Симоновић, 77.

[31] О. Станковић и М. Орлић наводе да је очигледна неприкладност израза 'државине ствари' и 'државине права': свака државина у изнетом смислу је фактичка власт на ствари (потпуна или ограничена) и у том смислу државина ствари; с друге стране, у том смислу у којем се говори о државини права може се говорити о

да се у српском позитивном законодавству домашај државине права своди само на стварне службености, с друге стране.[32] Полазећи од основног критеријума разликовања тих врста државине, дакле обима, односно ширине „фактичке власти", може се рећи да је државина ствари (тзв. својинска државина) најшира фактичка власт на ствари, која по обиму одговара праву својине.[33] Државина права је ужа, „делимична власт на ствари, која по обиму одговара неком другом праву"[34], ужем од својине.

Доводећи у везу појмовне посебности „државине ствари" и „државине права" у контекст са државином на испорученој електричној енергији, треба имати у виду да у односу на крајњег корисника („крајњег купца"[35]) уговор о снабдевању електричном енергијом (раније: уговор о испоруци електричне енергије[36]) јесте уговор о продаји.[37] На такав закључак очигледно указује већ сама дефиниција „снабдевања" електричном енергијом, које се сматра продајом електричне енергије купцима за њихове потребе или ради препродаје.[38] Извршењем обавезе снабдевач (продавац), вршећи пренос електричне енергије путем овлашћеног дистрибутера („оператора дистрибутивног система"[39]), испоручује („предаје") електричну енергију у власништво крајњег купца – корисника. У том правном односу продаје те бестелесне, покретне ствари, крајњи купац постаје носилац права својине на испорученој електричној енергији. Из тога произлази да је у питању државина ствари, а не државина права.

државини права својине (уместо о државини ствари), те рећи да је свака државина – државина права". О. Станковић, М. Орлић, 35.

32 ЗОСПО, чл. 70, ст. 3.

33 О. Станковић, М. Орлић, 34.

34 *Ibid*.

35 Закон о енергетици – ЗЕ, *Службени гласник РС*, бр. 145/2014, у чл. 2, ст. 1, тач. 31, дефинише да је крајњи купац" правно или физичко лице или предузетник који купује електричну енергију или природни гас за своје потребе.

36 Детаљније: Д. Симоновић, 166–185.

37 Исти закључак се изводи и тумачењем Бечке конвенције (1980), чл. 2.

38 ЗЕ, чл. 2, ст. 1, тач. 68.

39 Оператор дистрибутивног система електричне енергије је енергетски субјект који обавља делатност дистрибуције електричне енергије и управља дистрибутивним системом електричне енергије, одговоран је за рад, одржавање и развој дистрибутивног система на одређеном подручју, његово повезивање са другим системима и за обезбеђење дугорочне способности система да испуни потребе за дистрибуцијом електричне енергије на економски оправдан начин. Вид. ЗЕ, чл. 2, ст. 1, тач. 48.

2. ОПШТИ ОСВРТ НА ПОСТУПАК СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВИНЕ УСЛЕД ОБУСТАВЕ ИСПОРУКЕ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

„У парницама чисто државинским, не иде се на то да се разабере темељ самога права, т.ј. да се одлучи на пр. чија је ствар, него само на то да судац изрече чије је искање просте државине темељитије, те да му је присуди и обезбиједи."[40] Како каже Богишић, у државинским парницама о праву на државину не одлучује се. Ипак, крути законски услови остварења права на заштиту државине, који се своде на испитивање последњег мирног стања државине и насталог сметања (узнемиравања или одузимања) државине, одавно су ублажени деловањем правне науке и судске праксе.[41] Прећутном сагласношћу правних писаца и судија, осим два законска услова, у решавање државинских спорова уведен је захтев да сметање државине буде противправно, како би се удовољило захтеву за државинску заштиту.[42] У немачком праву, за разлику од нашег права, законом је допуштено да тужени истакне приговор да његове радње сметања или одузимања државине „нису биле забрањене".[43]

Противправност се, притом, поима уже, превасходно се односећи на дозвољеност тужениковог поступања које је пропуштено кроз оптику објективног права (*lex*). Објективно право чине општи правни акти, пре свега устав, закони и подзаконски акти. Дакле, нађе ли суд да је тужени, предузимајући радње којима се нарушава затечена фактичка власт тужиоца на ствари или фактичко стање које тужилац врши у погледу ствари, поступао сагласно прописима, тужилац ће изгубити посесорну парницу, па макар били испуњени законски услови државинске заштите. То је кључно питање посесорних парница које су предмет ове расправе, пошто суд у њима испитује да ли се тужени, приликом обустављања испоруке електричне енергије, придржавао закона којим је та материја уређена. У таквим парницама, посматрано херметички, очију затворених за противправност, тужени готово увек смета тужиочеву државину тако што му узнеми-

[40] Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 821, ст. 2.

[41] Лазар Марковић, *Грађанско право, прва књига: Општи део и стварно право*, Београд 1912, 299; Славица Крнета, „Посјед", *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I–III* (ред. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), II том, Београд 1978, 1035; Борис Визнер, *Коментар Закона о основним власничкоправним односима*, Загреб 1980, 517; Даница Попов, „Тужба због сметања државине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 225; В. Водинелић (2014), 39; О. Станковић, М. Орлић, 51.

[42] Н. Тешић (2014), 63; О. Станковић, М. Орлић, 51.

[43] Немачки Грађански законик, пар. 863; Theodor Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch, III. Band – 2. Lieferung, Sachenrecht*, Stuttgart – Köln 1955, 16.

рава фактичко стање коришћења електричне енергије, као покретне ствари. Ипак, решење спора је у следећем кораку, у којем се сазнаје да ли је тужени том приликом поступао сагласно објективном праву, тј. прописима.

Осим те могућности, у теорији се сматра да сметалац не поступа противно праву ако то чини на основу одлуке државног органа или уз пристанак држаоца.[44] Може се рећи да су ти разлози искључења противправног понашања туженог прихватљиви за примену у државинским парницама, пошто су у домену ужег схватања противправности, не прелазећи у субјективно право.

Шире схватање противправности, које би уважавало субјективно право туженог (*ius*), неизбежно би водило расправљању о праву туженог на државину, што је изричито противно одредби чл. 78 ЗОСПО. Право на државину, и тужиоца и туженог, једно је од правних дејстава државине, како је то објашњено. Оно нам говори, ако постоји (што не мора увек бити случај), које субјективно грађанско право или обавеза стоји иза државине (својина, закуп и др.). Ипак, расправа о том питању не би смела бити предмет посесорне парнице, како је једном истакнуто у пракси.[45] На тај би се начин посесорна парница претворила у петиторну или у парницу ради остварења облигационог права.

Када се питање непостојања противправног понашања туженог стави у *процесну* раван, може се закључити да је то, у суштини, приговор који су теорија и судска пракса ставиле у руке туженом сметаоцу. То није *contra legem* читање закона већ његова корисна допуна. Дакле, уз два приговора којима се тужени, као сметалац државине, брани још од доба римског права, тврдња да је његово понашање сагласно објективном праву представља трећи могући (материјални) приговор.[46] О њему суд не води рачуна по службеној дужности. Суд, најпре, разматра да ли тужиочеве тврдње оправдавају законске услове државинске заштите (мирно стање и сметање). На туженом је да се од посесорног захтева одбрани истицањем приговора.

Ако се задре у суштину проблема противправности у посесорном спору, схватиће се да тужени истицањем тог приговора тврди да је поступао с правом (објективним). Пошто се објективно право конкретизује субјективним правом, у том случају то је *право туже-*

---

44 Л. Марковић, 300; О. Станковић, М. Орлић, 51; Тешић (2014), 64.

45 Решење Привредног апелационог суда Пж 6210/13 од 26. септембра 2013, *Paragraf Lex*.

46 У питању су приговор да је тужиочева државина мањлива према њему (*exeptio vitiosae possessionis ab adversario*) и приговор да је поводом исте ствари вођен петиторни спор и окончан у корист туженог (*petitorum absorbet possessiorum*). Детаљније: О. Станковић, М. Орлић, 50.

ног на задирање у туђу државину.[47] Тиме он не тврди да има право на државину, што би било у нескладу са законским предметом те врсте парнице. То право туженог се јавља као двојник тужиочевог *права на искључење трећих од утицаја на државину*, са којим тужилац полази у посесорну парницу. Као и тужиочево поменуто право, право туженог на задирање у туђу државину апсолутно је (свако мора да трпи тужениково поступање *с правом*), стварно је (делује према свакоме код кога се ствар затекла) и имовинско право (има своју новчано изразиву вредност).

Посматрано у контексту посесорних парница у вези са обуставом испоруке електричне енергије, општи је утисак да обустављање испоруке електричне енергије може уследити суштински из два разлога: због неплаћања дуга и из техничких разлога. Закључак о апсолутној природи права на задирање у туђу државину важи за обуставе из техничких разлога јер је сасвим оправдано да се, на пример, због неисправних уређаја или крађе струје обустави испорука електричне енергије и купцу који је узроковао обуставу и његовом следбенику. С друге стране, ако је реч о обустави због неплаћања дуга, тада би, сагласно релативном дејству уговора о снабдевању, било логично да обустава испоруке може да се спроведе само према купцу „неплатиши“, а не и према његовом следбенику (који је, примера ради, од њега купио непокретност за коју су остали неизмирени рачуни). Ипак, према подзаконским актима који се у пракси примењују, нови купац електричне енергије не може ни да се прикључи на мрежу све док „стари“ дуг за испоручену а неплаћену електричну енергију не буде плаћен.[48] То решење је критиковано у теорији.[49] Практично говорећи, не може се догодити ситуација да нови власник непокретности буде засметан у државини електричне енергије обуставом њене испоруке због дуга који није платио прет-

47 V. Vodinelić (2013), 789.

48 Уредба о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом – Уредба, *Службени гласник РС*, бр. 63/2013, чл. 62, ст. 6.

49 Ненад Тешић, „О ‘изузетности’ дуга за струју“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2016, 293–319. Срж критике је у томе да се једна непокретност не може сматрати имовинском целином, те се стога не могу применити правила о приступању дугу у случају преноса имовинске целине, сагласно чл. 452 Закона о облигационим односима. Уставни суд управо то држи за пренос права својине на једној непокретности, што води закључку да нови власник непокретности са њом купује и дугове који је терете. Због тога је одредба чл. 62, ст. 6 Уредбе у складу са Уставом и законом. Противно томе, у овој критици се наводи да дугови за испоручену електричну енергију, који су настали употребом једне непокретности, не могу прећи на новог власника већ остају старом власнику. Према мишљењу другог аутора, „судска пракса појам имовинске целине, односно њеног дела, тумачи изразито широко“. Тако: Мирјана Радовић, „Одговорност стицаоца за обавезе преносиоца у случају преноса предузећа“, *Право и привреда* 4–6/2017, 103.

ходни власник, из једноставног разлога што нови власник неће ни „добити струју" све док неко (он, стари власник или неко трећи) не плати стари дуг.

Коначно, поменута два права се узајамно искључују: или тужилац има право да искључи трећа лица од утицаја на државину или тужени има право да задре у његову државину. Тако ће се државинска парница поводом обуставе испоруке електричне енергије, полазећи од чисто фактичких питања (последње мирно стање и акт сметања државине), преко испитивања *питања противправности* понашања туженог, свести на давање одговора на питање ко у тренутку закључења главне расправе има право, тужилац (да искључи треће) или тужени (да задре у државину тужиоца). Зачуђујуће, парница у којој се, по закону, расправља само о чињеницама, мора се окончати одговором на питање ко је био *у праву*. Стога, оно Богишићево с почетка одељка о томе „чије је искање просте државине темељитије", у овој расправи добија значај питања „чије је право темељитије", тужиоца или туженог, држаоца или сметаоца. У контексту разлога државинске заштите, који се у овој расправи подржава, исход државинске парнице одговориће на питање да ли радње туженог, за које тужилац тврди да представљају сметање државине, руше *затечену појавну слику тужиочевог права* на коришћење електричне енергије.[50] Ако је та појавна слика срушена, тужбени захтев је основан, као и обрнуто.

3. ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ ДРЖАВИНСКЕ ЗАШТИТЕ УСЛЕД ОБУСТАВЕ ИСПОРУКЕ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

3.1. Сметање државине од налогодавца

Након упознавања са чињенично-правном проблематиком државинске парнице поводом обуставе испоруке електричне енергије, следећи корак је утврђивање ко је, заправо, сметалац државине. До сада је називан само туженим, али сада га треба и идентификовати. То питање се неминовно поставља услед тога што у испоруци електричне енергије „крајњем купцу" (даље: купац) увек учествују два лица. То су снабдевач, који продаје електричну енергију крајњем купцу, и оператор преносног, односно дистрибутивног система (даље: оператор), који му врши непосредну, физичку предају електричне енергије. Да би купац могао да користи електричну енергију, према позитивним прописима треба да закључи два уговора, један са снабдевачем, којим се уређује продаја електричне енергије, и други са оператором, којим се уређује прикључење на дистрибутивни систем.[51]

[50] В. Водинелић (2014), 48.

[51] ЗЕ, чл. 160 и 187.

За тему ове расправе значајнији је први уговор јер до обуставе испоруке најчешће долази због тога што купац не испуњава своје обавезе по том уговору[52], другим речима, када купац не плати дуг за „струју“. У том случају, снабдевач је, пре него што оператору „наложи“ обуставу испоруке, дужан да купца на то упозори писменом опоменом, остављајући му накнадни рок за испуњење обавезе.[53] Осим неплаћања дуга, оператор је овлашћен да обустави испоруку и у другим случајевима техничке природе, што чини самостално, без улоге и „налога“ снабдевача.[54]

Сам чин обуставе испоруке у случају неплаћања дуга дело је заједничке активности снабдевача и оператора. „Струју“ ће увек „исећи“ оператор, након што му снабдевач наложи да тако поступи. Посматрано у контексту сметања државине, за тренутак занемаривши услов противправности, снабдевач је налогодавац, а оператор је непосредни сметалац државине. У домаћој правној доктрини јединствен је став да се посесорна парница може водити не само против лица које је лично извршило сметање већ и против онога ко је то сметање наложио – налогодавца.[55] Истоветан став постоји и у немачкој правној доктрини.[56] Став доктрине усвојен је и у домаћој судској пракси.[57] Када се у решавање проблема врати питање противправности поступања личног сметаоца и његовог налогодавца, следи да ће суд за свакога од њих понаособ процењивати да ли је поступао у складу са позитивним прописима.

За овим се намеће питање да ли су снабдевач и оператор супарничари на пасивној страни посесорне парнице. Ако јесу, какве је природе њихово супарничарство? Пошто се противправност њиховог поступања просуђује за сваког понаособ, сасвим је могуће да један од њих делује исправно, а други противправно. У највећем броју случајева, оператор ће поступати у складу са правом јер ће пратити снабдевачев налог, што је његова изричита законска обавеза.[58] С друге стране, знатно је осетљивије питање поступања снабдевача,

---

[52] ЗЕ, чл. 201, ст. 1, тач. 4.

[53] ЗЕ, чл. 202; Уредба, чл. 32.

[54] ЗЕ, чл. 201, ст. 1 (осим тачке 4) и ст. 2. Ради поједностављења, изостављен је случај из ст. 1, тач. 9 тог законског члана, који уређује обуставу на захтев самог купца.

[55] Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 625; С. Крнета, 1034; Б. Визнер, 495; Н. Тешић (2014), 81; Д. Попов (2011), 229; Т. Вицковић, 185.

[56] T. Soergel, 16.

[57] Решење Привредног апелационог суда Пж 2851/15 од 10. јуна 2015, *Билтен судске праксе привредних судова* 1/2016, 41.

[58] ЗЕ, чл. 201, ст. 3.

пошто је он, као што је речено, пре него што оператору „наложи“ обуставу испоруке, дужан да на одговарајући начин упозори купца, сагласно прописима.[59] Међутим, није довољно да снабдевач само формално поштује ту процедуру да би се његово поступање сматрало усклађеним са правом. Потребно је да дуг за испоручену електричну енергију заиста постоји, тј. да буде неспоран.[60] Сасвим изузетно, правилност поступања снабдевача и оператора ће се оцењивати независно од енергетских прописа ако се покаже да је њихово деловање било супротно неком другом пропису. Тако је једном приликом, без обзира на то што је дуг купца за испоручену електричну енергију био неспоран, суд закључио да је обустава испоруке била незаконита јер се збила за време ванредне ситуације.[61]

Тек, из околности под којима снабдевач и оператор врше сметање државине, произилази да спор купца против њих не мора да се реши на јединствен начин. Дакле, они нису јединствени супарничари.[62] Нужно супарничарство је само подврста јединственог, из чега логички следи да они не морају да буду обухваћени једном тужбом ради сметања државине. Тако се изјаснила и судска пракса.[63] Из разлога процесне економије пожељно је да снабдевач и оператор буду заједно тужени, али их то чини само обичним супарничарима, пошто право да купцу обуставе испоруку електричне енергије црпе из истог чињеничног (неплаћање дуга) и правног основа.[64] Следи да је могуће водити две посесорне парнице поводом једног те истог сметања државине, једну против снабдевача, а другу против оператора. Полазећи од хитности посесорне парнице и водећи рачуна о значају електричне енергије, без које се већ одавно „не може“, закључићемо да то не било нимало целисходно по засметаног купца.

Ако оператор на основу законских овлашћења изврши обуставу из неког разлога техничке природе, за коју му није потребан налог

---

[59] Решење Привредног апелационог суда Пж 8056/14 од 25. децембра 2014. (из архиве суда).

[60] Решење Привредног апелационог суда Пж 2678/15 од 3. јуна 2015. (из архиве суда).

[61] Решење Привредног апелационог суда Пж 6567/14 од 25. новембра 2014. (из архиве суда).

[62] Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 210; Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1980, 336–338; А. Јакшић, 532–535.

[63] Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3. новембра, 4. новембра и 26. новембра 2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015. године, питање бр. 14, *Билтен судске праксе привредних судова* 4/2015, 29–33.

[64] ЗПП, чл. 205, ст. 1, тач. 1; Б. Познић, 336; А. Јакшић, 531.

снабдевача, тада се питање супарничарства не поставља јер је тужени само оператор. Ако је, примерице, реч о неовлашћеној потрошњи, суд треба да испита да ли ју је оператор утврдио на веродостојан начин, како би закључио да ли је обустава законита или не.[65] Такође, пре обуставе, оператор је у неким случајевима дужан да купцу достави упозорење, док у другима није, о чему ће бити говора у наредном одељку рада. То битно утиче на законитост поступања оператора.

3.2. Проблем пасивне легитимације „оператора“

Изнета аргументација да државину може сметати и налогодавац наводи на закључак да ће се у улози сметаоца, услед противправне обуставе испоруке електричне енергије, најчешће јављати снабдевач. Подношењем захтева оператору („давањем налога“) да овај изврши обуставу, без претходно достављеног писменог упозорења купцу да ће му обустава бити извршена уколико не измири доспеле обавезе у остављеном року,[66] он поступа противправно, па самим тим смета државину крајњег купца. С друге стране, оператор је и у таквој правној ситуацији дужан да, на основу захтева снабдевача, изврши обуставу испоруке електричне енергије у року који не може бити дужи од осам дана, независно од тога да ли је захтев поднет у складу са предвиђеном законском процедуром у вези са достављањем упозорења крајњем купцу или не. Поступање по захтеву снабдевача је законска обавеза (дужност) оператора, *ex lege*.[67]

Међутим, због описане правне конструкције, често се у примени права доводи у питање пасивна легитимација оператора у државинским споровима, отпочетим због обуставе испоруке електричне енергије услед неиспуњења доспелих обавеза крајњег купца. Отклањању те дилеме нужно претходи расправа о легитимацији странака у грађанскоправним споровима. Треба, дакле, имати у виду да се у грађанском процесном праву разликују појмови стварне легитимације (лат. *legitimatio ad causam*) и процесне легитимације (лат. *legitimatio ad processam*). Стварна легитимација постоји уколико је странка носилац права и обавеза из једног материјалноправног односа у коме је дошло до спора.[68] Она указује на постојање мате-

[65] Решење Привредног апелационог суда Пж 8259/16 од 2. фебруара 2017. (из архиве суда).

[66] Законом о енергетици, у чл. 202, ст. 1, прописано је да рок за испуњење доспелих обавеза у упозорењу не може бити краћи од 15 ни дужи од 30 дана. ЗЕ, чл. 202, ст. 1. Међутим, када је крајњи купац потрошач у смислу Закона о заштити потрошача, тај рок не може бити краћи од 30 дана. Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, чл. 86, ст. 2, тач. 2.

[67] ЗЕ, чл. 202, ст. 3.

[68] Гордана Станковић, *Грађанско процесно право – прва свеска (Грађанско парнично процесно право)*, Ниш 2007, 154.

ријалноправне везе између странке и предмета спора. Тако, стварна легитимација припада само учесницима спорног правног односа. Трећа лица, која нису учесници тог материјалноправног односа, нису стварно легитимисана.[69] Процена да ли постоји стварна легитимација заснована је на правилима материјалног, а не процесног права. Иначе, стварна легитимација може бити активна и пасивна. Активно стварно легитимисан је носилац правног овлашћења у материјалноправном односу, док је пасивно стварно легитимисан носилац правне дужности. С друге стране, процесна легитимација представља правно „овлашћење да се за заштиту или остварење једног грађанског субјективног права“[70] поднесе тужба. Дакле, она указује на овлашћење странке за вођење једне парнице, уколико је посебним законом прописано њено право да захтева правну заштиту одређене садржине или уколико има правни интерес за вођење конкретне парнице. Такође, може бити активна и пасивна. Из тога произлази да пасивна стварна и процесна легитимација у грађанскоправним споровима припада носиоцима правне дужности у спорном материјалноправном односу, против којих се може покренути поменути поступак. У посесорним споровима устаљено је схватање да је пасивно легитимисано свако лице које је држаоца узнемирило односно одузело му државину, па и оно које је поступало по налогу трећег лица.[71] Такође, и лица по чијем налогу је извршено сметање и у чију корист је сметање извршено такође могу бити обухваћена тужбом.

С обзиром на то да се у поступку обустављања испоруке електричне енергије због неиспуњења обавезе крајњег купца као носиоци материјалноправног односа јављају и снабдевач (као налогодавац) и оператор (обвезник извршења „налога“ *ex lege*), то се засигурно утврђује да је и оператор дистрибутивног система пасивно стварно и процесно легитимисан. Оператор је тај који је непосредно обуставио испоруку електричне енергије. Отуда у споровима поводом обуставе електричне енергије због неиспуњења доспелих обавеза остаје једино отворено питање основаности тужбеног захтева усмереног ка оператору, зависно од тога да ли је у конкретном случају при обустављању испоруке електричне енергије поступао у складу са законом или није. Тим пре што у тим случајевима не треба *a priori* искључити могућност поступања оператора и без захтева (налога) упућеног од снабдевача.

Питање основаности захтева за евентуални престанак сметања државине од оператора остаје актуелно и у другим случајевима када

69 *Ibid*.

70 *Ibid*., 155.

71 Д. Попов (2011), 229.

он обустављa испоруке електричне енергије из тзв. *техничких разлога*. Наиме, осим поступања по захтеву снабдевача због неиспуњених обавеза из уговора о снабдевању, треба имати у виду да оператор преносног, односно дистрибутивног система обуставља испоруку електричне енергије и у другим случајевима, законом прописаним.[72] Тада он поступа независно од захтева снабдевача. У одређеним случајевима, чак, независно од захтева снабдевача, законом се оператору намеће обавеза да пре обуставе достави опомену крајњем купцу. Тако, када обустављање врши због непоступања крајњег купца по условима утврђеним за прикључење или неиспуњења обавеза по уговору о приступу или коришћења електричне енергије без законом уређене балансне одговорности,[73] оператор је у обавези да достави опомену у којој је одређен рок за отклањање уочених неправилности и недостатака, који не може бити краћи од три дана од достављања опомене.[74] Уколико у описаним чињеничним ситуацијама обустављању не претходи достављање опомене, оператор ће поступати противправно. Такође, треба имати у виду да су ситуације у којима је оператор овлашћен да обустави испоруку електричне енергије стриктно прописане законом, по принципу *numerus clausus*.[75] С тим у вези, приликом сваког обустављања испоруке електричне енергије извршеног из разлога који није могуће подвести под неки од законом прописаних случајева, оператор ће поступати про-

[72] Сходно чл. 201 Закона о енергетици, осим у случају обустављања на захтев снабдевача због неизвршених обавеза из уговора о снабдевању, оператор је у обавези да обустави испоруку електричне енергије крајњем купцу у следећим случајевима: када користи електричну енергију супротно условима који су утврђени у одобрењу за прикључење, осим у случају када је предвиђено искључење; када електроенергетски објекти, постројења или уређаји купца не испуњавају услове у складу са прописима и представљају непосредну опасност по живот и здравље људи, по животну средину и имовину; самовласне замене уређаја за ограничавање снаге, односно струје, којом се не утиче на тачност мерења; неизвршења обавеза по уговору о приступу на преносни или дистрибутивни систем електричне енергије; коришћења електричне енергије без уређене балансне одговорности у складу са овим законом; неовлашћене потрошње настале због самовласне замене уређаја којом се утиче на тачност мерења преузете електричне енергије; на писани захтев купца, под условом да се обустава захтева за период од најмање годину дана, а најдуже две године. Оператор преносног односно дистрибутивног система може крајњим купцима обуставити испоруку електричне енергије у следећим случајевима: када крајњи купац омогући другом крајњем купцу потрошњу електричне енергије без одобрења оператора система преко своје инсталације; када купац коме одобрењем за прикључење није уређен утицај на квалитет напона својим уређајима или начином коришћења електричне енергије проузрокује смањење квалитета енергије другим корисницима под условом да прекорачује емисионе нивое дозвољене правилима о раду и не отклони сметње у року који одреди оператор система. ЗЕ, чл. 201.

[73] ЗЕ, чл. 201, ст. 1, тач. 1, 5 и 7.

[74] ЗЕ, чл. 201, ст. 6.

[75] ЗЕ, чл. 201, ст. 1.

тивно законском овлашћењу (*противправно*). У таквим примерима незаконитог поступања оператора или поступања без достављања опомене када је она законом обавезна и питање његове одговорности за сметање државине крајњем купцу остаје актуелно.

На крају, треба указати и на устаљено становиште у судској пракси да право крајњег купца електричне енергије на подношење приговора оператору преносног, односно дистрибутивног система, то јест самом снабдевачу у случају обуставе због неиспуњења доспелих обавеза, не искључује надлежност суда да суди у спору по тужби крајњег купца због сметања којом се тражи успостављање пређашњег стања. Вероватност постављеног тужбеног захтева по тој тужби могла би довести и до одређивања привремене мере којом се налаже прикључење на електроенергетску мрежу, што је фактичко питање у сваком конкретном случају.[76]

3.3. Садржина тужбеног захтева

Тужбени захтев заправо представља предмет тужбе. Отуда је тужбени захтев и предмет парнице и парничног поступка, све до правноснажног окончања.[77] Њиме се може тражити утврђење каквог грађанског права или правног односа, повреда права личности, а каткад и да је истинита каква исправа или не.[78] Садржина тужбеног захтева може да буде и тражење осуде на чинидбу или одређено правно преиначење. У оквиру једне тужбе, тужбени захтев може бити једноставан и сложен. Једноставан је кад предмет спора чини једно тужиочево тражење, док у сложеном тужбеном захтеву тужилац једном тужбом у формалном смислу истиче више самосталних главних захтева.[79]

С обзиром на то да је циљ судске државинске заштите да се успостави раније државинско стање уклањањем последица противправног понашања, може се рећи да је тужба за сметање државине кондемнаторна. Независно од тога што се решењем о сметању државине утврђује сам чин сметања, не доводи се у питање њен кондемнаторни карактер. Констатација чина сметања је, фактички, саставни део наредбе да се успостави раније стање државине и са-

[76] Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3. новембра, 4. новембра и 26. новембра 2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015. године, питање бр. 15, *Билтен судске праксе привредних судова* 4/2015, 30 и 33–35.

[77] Г. Станковић, 334.

[78] ЗПП, чл. 194, ст. 1.

[79] Г. Станковић, 334.

ставни део његове забране или сличног сметања убудуће.[80] Из тога произлази да је тужбени захтев у поступцима сметања државине сложен и њиме се захтева доношење решења којим се: а) утврђује да је дошло до сметања државине; б) потом се туженом налаже да успостави пређашње државинско стање и б) туженом се забрањује даље узнемиравање.[81] Сувишно је оптерећивати тужбени захтев истицањем претње новчаном казном уколико тужени не поступи по решењу суда јер се таква казна може изрећи у извршном поступку, сходно регулативи која тај поступак регулише.[82]

Поводом спорова за државинску заштиту услед обуставе испоруке електричне енергије, описана садржина тужбеног захтева нарочито је спорна у случајевима када је тужба опредељена само против снабдевача, као налогодавца сметања. Против снабдевача је, дакле, могуће утврдити сметање државине, али му се не може наложити да „одмах, без одлагања изврши поновно прикључење тужиочевог мерног уређаја на електричну мрежу", јер је обустављање испоруке електричне енергије непосредно извршио оператор преносног, односно дистрибутивног система. Тим пре, ни оператора није могуће обавезати на чинидбу у ситуацији када није обухваћен тужбом, као ни у случајевима када је тужбени захтев у односу на њега неосновано опредељен. Отуда је најдоследније описаној чињеничној и правној конструкцији сметања од снабдевача определити тужбени захтев којим се: а) утврђује сметање државине од снабдевача; б) снабдевач обавезује да „одмах, без одлагања, наложи оператору преносног, одн. дистрибутивног система да прикључи тужиочев мерни уређај на електричну мрежу и омогући му испоруку електричне енергије"; в) снабдевачу забрањује даље узнемиравање.

Остаје да се у примени права сагледају правне последице евентуалног непоступања по изнетом предлогу садржине тужбеног захтева. Да ли ће се, због захтева хитног поступања, евентуално устукнути од строгог формализма и прихватити да суд, решењем о сметању државине, непосредно „наложи оператору да изврши прикључење тужиоца на електричну мрежу" (иако он није био странка у поступку или је у односу на њега тужбени захтев одбијен), отворено је питање.

3.4. Примена Уредбе о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом

Закон о енергетици свеобухватан је закон који уређује најважнија питања из те друштвене области. Између осталог, предмет

[80] Д. Медић, 34; Д. Попов (2011), 234.

[81] Д. Попов (2011), 233.

[82] *Ibid*.

његовог регулисања су услови за поуздану, сигурну и квалитетну испоруку енергије и енергената, услови за сигурно снабдевање купаца, заштита купаца енергије и енергената, као и начин организовања и функционисања тржишта електричне енергије.[83] Кључна промена коју је тај закон донео нашем друштву јесте у томе што је крајњим купцима дата могућност избора снабдевача електричном енергијом.[84] То је корак у процесу либерализације тржишта електричне енергије који у свету траје од деведесетих година прошлог века, а код нас је започет доношењем Закона о енергетици из 2004. године. До тада је држава код нас имала природни монопол над производњом, снабдевањем и дистрибуцијом електричне енергије.[85] Колико су корисници искористили ту могућност, отворено је питање.[86] У контексту ове расправе, ништа се не мења у положају снабдевача као налогодавца сметања државине, ко год он био, привредно друштво државног или приватног капитала.

Важећи Закон о енергетици прати бројна подзаконска регулатива, коју доносе различити доносиоци.[87] Законодавац је поводом неколико законских тема дао мандат Влади да их својом уредбом ближе уреди.[88] То је специјално законско овлашћење Владе да донесе уредбу ради извршења закона.[89] Такав мандат Влада има и за уређивање услова испоруке и снабдевања електричном енергијом крајњих купаца.[90] У тај домен спадају и услови и поступак обуставе испоруке електричне енергије крајњим купцима и енергетски угроженим купцима, у смислу ове расправе.[91] Међутим, Влада за сада није донела уредбу којом би удовољила том захтеву. Због тога се и даље примењује „стара“ Уредба о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом (2013), донета на основу претходно важећег

83 ЗЕ, чл. 1.

84 ЗЕ, чл. 186, ст. 1.

85 Закон о електропривреди, *Службени гласник РС*, бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 69/94 и 44/95. „Класичан пример природног монопола је пренос електричне енергије“. Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Београд 2007, 416.

86 „Иако су имали шансе да од Нове године бирају од кога ће куповати струју на слободном тржишту, ниједно од 3.500.000 домаћинстава у Србији није променило снабдевача, већ и даље сви струју купују од Електропривреде Србије, потврђују у овом јавном предузећу.“ *Политика*, 29. јануар 2015, *www.politika.rs*, 24. јул 2017.

87 Нпр. Правила о промени снабдевача, *Службени гласник РС*, бр. 65/15 и 10/17, донела је Агенција за енергетику, као регулаторно тело чија је суштинска функција унапређење тржишта електричне енергије и природног гаса.

88 Уредба о примени тарифа за обрачун цене приступа дистрибутивном систему електричне енергије, *Службени гласник РС*, бр. 65/2015.

89 Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд 2006, 279.

90 ЗЕ, чл. 214.

91 ЗЕ, чл. 214, тач. 9.

закона. На основу темпоралне одредбе важећег Закона о енергетици, Влада је имала рок од шест месеци од дана ступања на снагу тог закона да донесе овај пропис, а до тада се примењивала „стара" Уредба, ако њене одредбе нису у супротности са важећим законом.[92] Тај рок је истекао 30. јуна 2015. године, будући да је важећи закон ступио на снагу дана 30. децембра 2014. године.

4. ЗАКЉУЧАК

У претходним редовима размотрена су битна питања судске заштите државине услед обуставе испоруке електричне енергије. То је учињено из угла научног размишљања, али уз уважавање потреба судске праксе да се реше дилеме које су се појавиле у тој врсти спорова. Тако, електрична енергија се схвата као ствар, што је сасвим јасно и из позитивних прописа, према којима снабдевач, као продавац, продаје електричну енергију крајњем купцу. Дакле, штити се државина ствари, а не права. У погледу разлога судске државинске заштите, аутори се приклањају теорији затечене појавне слике права и обавеза. Одраз те теорије види се у тумачењу противправности радње туженог сметаоца. У државинским парницама те врсте битна је оцена да ли је тужени сметалац поступао у складу са објективним правом које уређује испоруку и снабдевање електричном енергијом. Помоћу те теорије долази се до сазнања да је решење државинске парнице уопште, а посебно оне која је настала због обуставе испоруке електричне енергије, у одговору на питање о очуваности затечене појавне слике тужиочевог права на сметање државине. Практично, до тог ће се одговора доћи у сучељавању два права, тужиочевог да искључи треће из утицаја на државину и тужениковог да задре у државину тужиоца. То никако не значи да се испитује право на државину.

Државинска парница из ове расправе показује четири значајне особености, које нису само њој својствене, али су довољно упечатљиве да завреде посебну пажњу. Прво, услед техничке посебности испоруке електричне енергије, у њеној обустави због неплаћања учествују снабдевач и оператор. Ако се они посматрају као сметаоци државине, снабдевач је налогодавац, а оператор је непосредни сметалац. Они нису нужни супарничари, али је целисходно да буду обични. Друго, стављена је ван сумње пасивна легитимација оператора, полазећи од материјалноправне везе између сметања државине и оператора. Осим случаја када у сметању учествује снабдевач, оператор може и

[92] ЗЕ, чл. 393.

сам бити сметалац, уз то и једини тужени, ако обуставља испоруку електричне енергије из тзв. техничких разлога. Треће, уобличавање тужбеног захтева у посесорним парницама у којима су тужени и снабдевач и оператор захтева опрез. Када се утврди да је снабдевач, као налогодавац, сметао државину, а притом оператор није странка у поступку или је поступао у складу са објективним правом, пожељно је да одлука о тужбеном захтеву у једном делу гласи тако да се снабдевач обавеже да наложи оператору да тужиоцу омогући испоруку електричне енергије. Најзад, четврто, ради целовитог испитивања да ли је понашање снабдевача и/или оператора било правилно, указује се на потребу подзаконског уређења услова испоруке и снабдевања електричном енергијом.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Басара, С., *Дуговечност*, Београд 2012. (Basara, S., *Dugovečnost*, Beograd 2012)

Благојевић, Б. (гл. ред.), *Правна енциклопедија*, Београд 1979. (Blagojević, B. (gl. red.), *Pravna enciklopedija*, Beograd 1979)

Дабић, Љ., *Пословно право*, Београд 2015. (Dabić, Lj., *Poslovno pravo*, Beograd 2015)

Гамс, А., *Основи стварног права*, Београд 1980. (Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1980)

Gordley, J., Von Mehren, A. T., *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – readings, cases, materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Јакшић, А., *Грађанско процесно право,* Београд 2009. (Jakšić, A., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2009)

Крнета, С., „Посјед“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I–III* (ред. О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић), II том, Београд 1978. (Krneta S., „Posjed“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I–III* (red. O. Stanković, S. Perović, M. Trajković), II tom, Beograd 1978)

Лабус, М., *Основи економије*, Београд 2007. (Labus, M., *Osnovi ekonomije*, Beograd 2007)

Лукић, Р., Кошутић, Б., *Увод у право*, Београд 2006. (Lukić, R., Košutić, B., *Uvod u pravo*, Beograd 2006)

Марковић, Л., *Грађанско право, прва књига: Општи део и стварно право*, Београд 1912. (Marković, L., *Građansko pravo, prva knjiga: Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd 1912)

Медић, Д., „Државина у праву Републике Српске", *Годишњак Факултета правних наука* 2/2012. (Medić, D., „Državina u pravu Republike Srpske", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 2/2012)

Попов, Д., „Правна дејства државине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006. (Popov, D., „Pravna dejstva državine", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2006)

Попов, Д., „Тужба због сметања државине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011. (Popov, D., „Tužba zbog smetanja državine", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011)

Познић, Б., *Грађанско процесно право*, Београд 1980. (Poznić, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd 1980)

Радовић, М., „Одговорност стицаоца за обавезе преносиоца у случају преноса предузећа", *Право и привреда* 4–6/2017. (Radović, M., „Odgovornost sticaoca za obaveze prenosioca u slučaju prenosa preduzeća", *Pravo i privreda* 4–6/2017)

Radošević, P., „Pravna priroda posjeda", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/2009.

Симоновић, Д., *Право о електричној енергији*, Београд 1998. (Simonović, D., *Pravo o električnoj energiji*, Beograd 1998)

Soergel, T., *Bürgerliches Gesetzbuch, III. Band – 2. Lieferung, Sachenrecht*, Stuttgart – Köln 1955.

Станковић, Г., *Грађанско процесно право – прва свеска (Грађанско парнично процесно право)*, Ниш 2007. (Stanković, G., *Građansko procesno pravo – prva sveska (Građansko parnično procesno pravo)*, Niš 2007)

Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд 1999. (Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd 1999)

Тешић, Н., „Неколико актуелних питања из области заштите државине", *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2/2014. (Tešić, N., „Nekoliko aktuelnih pitanja iz oblasti zaštite državine", *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2/2014).

Тешић, Н., „О 'изузетности' дуга за струју", *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2016. (Tešić, N., „O 'izuzetnosti' duga za struju", *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2016)

Визнер, Б., *Коментар Закона о основним власничкоправним односима*, Загреб 1980. (Vizner, B., *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb 1980)

Вицковић, Т., *Правна дејства државине у савременом праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2016. (Vicković, T., *Pravna dejstva državine u savremenom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2016)

Vodinelić, V., „Šta se štiti u posesornom postupku? O pojmu i prirodi državine (poseda)", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3–4/2013.

Водинелић, В., „Чему посесорни поступак? О разлогу посесорне заштите државине", *Правни записи* 1/2014. (Vodinelić, V., „Čemu posesorni postupak? O razlogu posesorne zaštite državine", *Pravni zapisi* 1/2014)

Marko Radović, LL.M.

PhD candidate
University of Belgrade, Faculty of Law
Higher Judicial Assistant of the Commercial Court of Kragujevac

Marko Tomić, LL.M.

PhD candidate
University of Belgrade, Faculty of Law
Higher Judicial Assistant of the Commercial Court of Appeal

JUDICIAL POSSESSORY PROTECTION DISTURBED BY SUSPENSION OF DELIVERY OF ELECTRICAL ENERGY

Summary

Noticed problems within law performing that is related to judicial possessory protection due to suspension of delivery of electrical energy encouraged the authors to think of modes of their overcoming. On that way, as a preliminary issue, a need to analyse „everlasting" theoretical dilemmas about possession as a legal institute has been imposed, and thereafter dilemmas about electrical energy, as a thing in the objective law. This paper's general focus on judicial procedure of possessory protection due to suspension of delivery of electrical energy makes an unavoidable

ground to draft suggestions of solutions related to: disturbance of possession by the one who gave order, operator's passive legitimation, content of the claim, as well as the applicability of sublegal acts in this procedure. Final goal of this paper is highlighting of mentioned suggestions, whose quality can be experienced only by strict judgement of those who perform law.

Key words: *Possession. – Possessory procedure. – Suspension of delivery of electrical energy.*

Article history:
Received: 21. 8. 2017.
Accepted: 5. 2. 2018.

Ана Одоровић, мастер[*]

Stephen D. King, *Grave New World: The End of Globalization, the Return of History*, Yale University Press, New Haven – London 2017, 290.

Мало која реч је на прагу 21. века толико одјекнула као реч глобализација. Увек пригодан „декор“ прозаичних говора на јавним скуповима и сусретима међународних делегација и незаобилазан део програма разноликих организација, само на интернету употребљена је више од седамдесет милиона пута. Та учестала флоскула, која треба да означи свет у коме се раздаљине скраћују и границе између држава растачу, популарност дугује чињеници да су процеси глобалне привредне, технолошке и културне интеграције свеприсутни, непосредно опипљиви и стога ослобођени непотребне мистификације. У академској заједници процес глобализације сам по себи није упитан, иако не постоји нужно консензус о његовој брзини, као о карактеру и величини ефеката које производи у различитим сферама.

Стивен Кинг (*Stephen King*) у својој последњој књизи, међутим, настоји да понуди једно сасвим другачије виђење „узнемирујућег новог света“ у коме ће се одвијати односи међу државама. У Кинговом свету процес глобализације није ни неизбежан ни неповратан, а у контексту актуелних политичких дешавања у светским размерама има чак тенденцију преокрета. У мери у којој та алармантна пројекција треба да поприми обрисе научне расправе и буде идеолошки непристрасна, аутор прави бројне историјске паралеле у којима су друштвени процеси слични глобализацији коју данас познајемо у историјском поимању времена изненада узели супротан смер. Ту лежи основна Кингова премиса која прожима све делове књиге, која је без доследног критеријума подељена у четири целине. Феномен глобализације није нов и погрешно је искључиво га везивати за садашњи друштвени поредак заснован на, према његовим речима, западним вредностима и неолибералним идејама. „Повратак

[*] Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *ana.odorovic@ius.bg.ac.rs*.

историји“, како аутор помпезно назива свој метод анализе, омогућава да, уз уважавање контекста, боље разумемо актуелне политичке промене, попут Брегзита и победе Доналда Трампа у Сједињеним Америчким Државама, или полемике о политици према мигрантима чији је заједнички именилац растући тренд изолационизма и ресуверенизације.

У првом делу књиге Кинг полази од констатације да цивилизацијски модел који почива на идејама слободног тржишта и либералне демократије није добио коначну битку као што се то чинило неизбежно након пада Берлинског зида. Сада, после више од две деценије од Фукујаминог *Краја историје*[1], постало је јасно, према речима аутора, да се транзиција у либералну демократију није остварила у многим деловима света, било зато што таквих политичких аспирација није ни било, као у Русији, на пример, или се оне једноставно нису оствариле, као што је случај у земљама Блиског истока и Северне Африке након „арапског пролећа“. Такође се испоставило, наглашава аутор, да таква транзиција није предуслов економског напретка, како о томе сведоче стопе привредног раста у Кини. Насупрот томе, успорен привредни напредак у земљама Европске уније и неким земљама Јужне Америке које су пригрлиле идеју слободног тржишта, нарочито након светске кризе, ствара снажан притисак на либералне демократске вредности. Победу Сиризе у Грчкој и одлуку Велике Британије да напусти Европску унију могуће је боље разумети у том контексту.

Пре него што свог читаоца упозна са околностима које прете да изазову кризу међународног политичког и економског поретка, Кинг даје историјски приказ настанка институција које чине окосницу економске глобализације након Другог светског рата: Међународног монетарног фонда, Светске банке и ГАТТ (претече Светске трговинске организације). Оне, према мишљењу аутора, нису биле довољне да покрену обнову ратом разорене Европе која је захтевала дубљу интеграцију. Због тога је усвојен Маршалов план[2], након чега су основане институције које су омогућиле успостављање једног „новог (западно)европског економског пројекта“. Реч је о Организацији за економску сарадњу[3], Европској економској заједници, из које ће потом настати Европска унија, и НАТО-у, који је служио као гарант дубље политичке интеграције. Глобалне и европске институције заједно су, према Кинговом схватању, биле заслужне за изванредне стопе раста у индустријализованим земљама све до осамдесетих го-

[1] Francis Fukuyama, „The end of history?“, *The national interest* 16/1989.

[2] Познат је и као Европски план обнове (*The European Recovery Plan*).

[3] Та организација је касније прерасла у Организацију за економску сарадњу и развој (*The Organization for Economic Cooperation and Development*).

дина прошлог века. Њихова улога се састојала у томе да осигурају мир, да онемогуће повратак политике протекционизма која је обележила међуратни период и, коначно, да спрече наступање рецесије након потреса попут Никсонове одлуке да прогласи неконвертибилност долара за злато.[4] Тај период стабилности и просперитета аутор поистовећује са периодом који је уследио након Наполеонових ратова, када су велике силе 19. века успоставиле „Концерт Европе“ (*Concert of Europe*) – систем решавања конфликата чији је циљ такође био да спречи шире сукобе европских размера.

Од осамдесетих година 20. века развијене земље су искусиле успорен привредни раст који је коинцидирао са наглом привредном експанзијом у Индији, Кини и неким другим неразвијеним земљама, које су по угледу на западне земље усвојиле „уобичајену мудрост“ тог времена, оличену у принципима Вашингтонског консензуса – фискалне дисциплине, спољнотрговинске либерализације, слободног промета капитала, приватизације и заштите својинских права. Међутим, у светлу последње економске кризе, аутор поставља питање у којој мери је „мантра слободног тржишта и ниске инфлације“ представљала „моду која је маскирала истину“ да континуирана економска експанзија често води ка прекомерном излагању ризику које у условима велике задужености, асиметрије информација и неадекватне регулације узрокује финансијску нестабилност. Институције Бретонвудса и њихови изданци су се, према мишљењу аутора, показали као неадекватни да у условима растуће интернационализације финансијских тржишта спрече да се губици настали у једном делу света плаћају новцем пореских обвезника у другом делу света. У мери у којој државе теже да умање свој удео у губицима глобалних размера, Кинг закључује да је политика међународне сарадње у многим сферама замењена политикама које пре свега имају циљ да заштите специфичне националне интересе.

У другом делу књиге аутор подробније разматра питање тензија између глобализације и суверености националних држава чији су интереси често у колизији са глобалним (општим) интересима. У потрази за узроцима тих тензија, Кинг се зауставља на анализи процеса глобализације који је отпочео у 19. веку, а окончан је светском кризом тридесетих година прошлог века. Ослањајући се на Бјукенонову „Економску теорију клубова“[5], аутор истиче да је кључна карактеристика глобализације током 19. века утицај малог броја империјалних сила које су се према међународном систему институција односиле као према „клупском добру“. Оне су могле релативно лако да искључе друге

[4] Тај догађај, познат као „Никсонов шок“, десио се 1971. године када су напуштени златни стандард америчког долара (последња валута која га је напустила) и систем фиксних девизних курсева.

[5] James M. Buchanan, „An economic theory of clubs“, *Economica* 32(125)/1965.

државе из расподеле добара и услуга произведених у оквиру клуба и да спрече да дође до загушења клуба у смислу отежаног усвајања правила које настаје као последица укључивања већег броја хетерогених држава. Насупрот томе, у 20. веку је формиран велики број националних држава које нису равномерно учествовале у расподели „колача“ створеног глобализацијом, док је утицај старих индустријских земаља ослабљен смањивањем њиховог релативног учешћа у светској привреди. Неочекиване или нежељене последице глобализације у виду растуће неједнакости између и у оквиру појединих држава изазвале су раст отпора према идеји тешње привредне интеграције, односно довеле су у питање само постојање „клуба“. Економска теорија клубова је, према мишљењу аутора, још непосредније примењива на Европску унију, у којој је политика проширења отежала усвајање заједничких политика.

Кинг наглашава да глобализација представља проблем у мери у којој растућа економска неједнакост доводи до промена у политичкој моћи унутар држава, што има за последицу подривање демократског легитимитета глобализације. Другим речима, ако богати у различитим земљама постају све богатији захваљујући глобализацији, што се даље одражава на њихов утицај на доношење политичких одлука, онда је могуће да глобалне институције одражавају преференције елита, а не њених грађана. Позивајући се на налазе Бранка Милановића[6], Кинг истиче да емпиријски подаци потврђују да су елите у развијеним земљама једни од главних добитника глобализације, што је директна последица велике мобилности капитала, који се сели тамо где ствара већи принос, истовремено умањујући преговарачку моћ радника у развијеним земљама.

Међутим, аутор такође истиче да моћ међународних елита није неограничена и да не постоји, као што се често претпоставља, међународна заједница коју чини група појединаца или влада које деле заједничка уверења и вредности. Реч је о искључиво привременим савезима између држава које су првенствено вођене националним интересом обликованим под утицајем митологије и историје и начином на који се оне интерпретирају током времена. Кинг износи виђење да ће разлике које произилазе из митологије и историје значајно утицати на формирање различитих ставова према глобализацији и допринети јачању „конкурентних верзија глобализације“. Као што је у различитим периодима историје било могуће говорити о кинеској, османској, руској, персијској или афричкој верзији глобализације, које аутор поистовећује са војном или економском превласти појединих држава, тако је вероватно да ће сељењем економске моћи на исток отпор западној верзији глобализације бити све израженији. Поједине

[6] Branko Milanović, *Global inequality: A new approach for the age of globalization*, Belknap Press, Cambridge, MA 2016.

новонастале институције, попут Азијске инфраструктурне инвестиционе банке, које представљају пандан западним међународним институцијама насталим после Другог светског рата, према Кинговом мишљењу, означавају прве такве наговештаје.

Независно од фактора који обликују „расположење" појединачних држава према глобализацији, у трећем делу књиге аутор анализира три важна изазова 21. века који теже да преобликују односе међу државама у светским размерама. Први изазов, који је нов у мери у којој се јавља у новим околностима, јесу миграције. Аутор подсећа да су миграције биле једна од првих покретачких снага глобализације још пре Индустријске револуције када су се људи као робови принудно селили из Африке у државе Новог света, али и након тога, овога пута слободно из Европе, у потрази за бољим условима живота. Кинг се зауставља на анализи узрока масовних миграција данас. Нижа стопа смртности деце, која опада брже од стопе рађања, доводи до брзог раста популације у неразвијеним земљама, а раст дохотка и нижи трошкови транспорта омогућавају све већем броју људи да приуште пут.[7] Када се томе дода снажан утицај конфликата, при чему рат у Сирији може да послужи као еклатантан пример, аутор закључује да се образац миграција променио у односу на 19. век утолико што је основано очекивати да ће реакција развијених држава бити раст изолационизма. Мигрантска криза у оквиру Европске уније управо указује на неадекватност постојећих институција да реше бројна редистрибутивна питања у вези са прихватањем и интеграцијом миграната.

Иако је распрострањено уверење да је технологија један од најважнијих чинилаца дубље међународне интеграције, Кинг износи интересантно запажање да је технологија истовремено и једна од највећих претњи постојећем поретку. За разлику од технолошког прогреса у 19. веку, који је довео до дивергенције између индустријских земаља и остатка света, револуција информационих технологија и иновације у области саобраћаја у другој половини 20. века омогућиле су све већу мобилност капитала и последично тешњу економску међузависност држава. Дуго се чинило да је реч о неповратном процесу, међутим, како аутор истиче, технологија има и своју „тамну страну". Невероватна брзина протока информација омогућила је да оне буду злоупотребљене у деструктивне сврхе, а све учесталији сајбер криминал доводи до раста неповерења према страним државама и њиховим обавештајним службама. Осим тога, све већи проблем у вези са обиљем информација јесте чињеница да

[7] Иако интуитиван, тај закључак аутора је у колизији са уобичајеним схватањем да раст дохотка у неразвијеним земљама ублажава основни мотив за миграцију – релативни доходак. Вид. Paul Collier, *Exodus: How migration is changing our world*, Oxford University Press, Oxford 2013.

их филтрирају појединци. Аутор описује парадокс да су наши извори информација заправо све више сужени, будући да се садржај коме имамо приступ прилагођава нашим претходним претрагама и понашању на интернету, а на основу потреба политичких лобиста и маркетиншких агенција. Интересантно је Кингово запажање да су друштвене мреже олакшале видљивост и деловање екстремно десних и левих политичких опција, које свој политички програм уобичајено заснивају на критици глобализације. Према Кинговом мишљењу, њихово све веће присуство у јавном дискурсу индиректно утиче на формирање ставова традиционалних политичких партија у многим државама.

Трећа околност коју аутор убраја у савремене претње глобализацији јесте процес депресијације валуте смањивањем каматних стопа и квантитативним попуштањем (*quantitative easing*), коме су државе масовно прибегле непосредно након последње светске кризе са циљем да стимулишу привреду. Иако се тиме начелно увећава конкурентност домаће привреде и олакшава положај дужника чије је обавеза у тој валути, Кинг истиче да је реч о игри са нултом сумом, под претпоставком да инфлација у једној земљи има за последицу дефлацију у другим земљама. Аутор износи врло проблематичан закључак да су државе у овом случају пропустиле прилику да ускладе своје програме изласка из рецесије, пре свега у сфери фискалне политике, чиме би се, према његовом мишљењу, постигао бржи привредни опоравак на глобалном нивоу и спречиле дисторзије у алокацији капитала.

У последњем делу књиге аутор се осврће на могућа решења за „кризу глобализације“ и анализира зашто је вероватно да она ипак неће бити усвојена. Критикујући „технократска“ решења Јаниса Варуфакиса (*Yanis Varoufakis*) и Јозефа Штиглица (*Joseph Stiglitz*), који деле уверење да треба успоставити нови систем међународних институција које би контролисале међународни проток капитала, Кинг закључује да су њихови предлози немоћни да помире често супротстављене преференције држава. Проблем, према мишљењу аутора, лежи у „трилеми глобализације“ – ограничити демократски избор како би глобални интерес био задовољен, ограничити процес глобализације како би национални интерес био задовољен или „глобализовати демократију“. Последња опција подразумева стварање супранационалних институција које би имале коначну реч у расподели губитака између држава поверилаца и држава дужника. Као што искуство Европске уније сведочи, институционална решења која предвиђају нестанак граница показала су се као неуспешна чак и у простору који је далеко више хомоген него свет као целина. Отуда је, према Кинговом мишљењу, разумно очекивати да ће

у условима дуготрајне безидејности јачати популистичке политичке опције које ће заговарати отпор и неповерење према институцијама глобализације.

Књига обилује занимљивим детаљима и обухвата изузетно широк спектар питања која су предмет горућих дебата у зрелим демократским друштвима. Несумњиво је да ће она врло брзо доћи на ред и у друштвима у којима су јавне полемике готово увек реакционарне и која су склона да увозе готова решења „споља". Права је штета што се чини да је у давању одговора аутор подлегао сличним притисцима популизма које описује у својој књизи. Да је остао привржен стандардима академског дискурса, у Кинговом свету би постојала јасна дистинкција између привредне и политичке глобализације, као и тржишне привреде и либералнодемократских вредности, будући да је и данас веома распрострањено да се дубља економска интеграција успоставља између држава које су устројене по правилима врло различитих политичких система. Историјске паралеле које аутор прави ретко имају некакву аналитичку вредност, иако представљају занимљиве дигресије. Проблем лежи у чињеници да би се многе епохе које Кинг описује тешко могле окарактерисати као историјски примери глобализације. Универзалност успостављеног економског или политичког поретка у одређеном историјском тренутку била је резултат освајања, док глобализација имплицира добровољан пристанак суверених држава. На истој линији аргументације могуће је критиковати Кингово без основа оптимистичко виђење да су на помолу „конкурентне верзије глобализације", без подробнијег објашњења у каквој су вези „историја и митологија" једне државе са преовлађујућим ставом њених гласача према међународним економским институцијама. Кингов налаз о крају глобализације чини се још мање уверљивим ако се узму обзир две тезе које сам аутор посебно наглашава. Прва је да се раст неједнакости као последица глобализације одражава на утицај елита на доношење политичких одлука, којима је по природи ствари у интересу да одрже *status quo*. Друга је да је западна верзија глобализације неодржива због тога што се економска моћ сели на исток, и то управо у државе попут Кине и Индије, чије се становништво убраја у другу групу највећих добитника глобализације. Применом основних налаза теорије јавног избора, која је, чини се, сасвим неоправдано изостала у Кинговој анализи, долази се до закључка да је теза о крају глобализације у тој констелацији односа сасвим неутемељена. То не искључује могућност да раст неједнакости у појединим земљама створи јачи притисак да се успостави опсежнији систем редистрибуције богатства на таласу оснажења популистичких политичких опција чије узроке аутор вешто описује.

Кингов „нови свет“ није испунио висока очекивања која су можда неоправдано створена алузијом на онај Хакслијев. У поређењу са својим узором, ова књига нема визионарски дух који би јој удахнуо ванвременску вредност и готово читав век након првог рукописа. Међутим, њена лака нарација и неуобичајена перспектива посматрања последњих политичких догађаја вероватно ће је учинити пријемчивим избором разнолике читалачке публике.

Никола Илић, мастер[*]

Jonathan Haskel, Stian Westlake, *Capitalism without Capital*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2018, 278.

Као да назив књиге није довољно необичан, аутори су одлучили да њен први део – „Успон нематеријалне привреде", започну примерима из две теретане. Једна од њих је „*Gold's Gym*", која послује у 1977. години, а друга је модерно опремљена теретана из 2017. године. У потрази за нематеријалном привредом, аутори плански анализирају историјски развој делатности која није високотехнолошка и у којој се употреба нематеријалних производних средстава најмање очекује.

Осим констатације да је у првој тренирао Арнолд Шварценегер а у другој није, аутори покушавају да уоче и друге битне разлике између две теретане, а пре свега оне које се односе на начин пословања. Одмах је уочљиво да су 1977. године, као и данас, власници теретана улагали у физички капитал – у материјалну имовину. У том смислу, неопходно је уложити у свлачионице, туш-кабине, различите справе за вежбање, као и у најчешће коришћене предмете у теретани – огледала. Све су то улагања у материјалну имовину, која се евидентирају у билансу стања предузећа и за која важе уобичајена рачуноводствена правила. Међутим, након ближе анализе пословања теретане из 2017. године, може се уочити велики број специфичности. Пре свега, на улазу се обично налази пулт, на коме је рачунар опремљен софтвером. Тај софтвер садржи различите базе података са именима свих корисника теретане, програме за тренирање, платформу за размену података са другим теретанама и слично. Уз то, теретана има пословно име које рекламира на различите начине, од чланских карата, преко друштвених мрежа, све до локалних медија. Запослени у теретани користе бројне приручнике и практична знања да би могли да организују индивидуалне тренинге и како би рутин-

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *nikola.ilic@ius.bg.ac.rs*.

ски деловали у случају да дође до повреде или пак сукоба између корисника теретане (или другог, а онда првог).

Све те специфичности у пословању савремене теретане, и многе друге, не подразумевају имовину видљиву голим оком, али траже велика улагања и доносе још веће приносе. Аутори јасно наводе на закључак да је пословање у последњих двадесет година (чак и оно које се заснива на физичком раду, односно на мишићима) у великој мери ослоњено на нематеријалну имовину. Наводи се неколико мотива за то – умањени трошкови пословања, већа продуктивност, погодна пословна клима (регулација улагања у нематеријална добра, тренутно стање на тржишту рада), као и глобализација и последично увећање релевантних тржишта.

Са сликовитог примера индивидуалног пословања аутори вешто прелазе на макроекономски план и поткрепљују све изнете аргументе статистичким подацима. Тако је на основу макроекономских показатеља утврђено да у Европи и Америци, у последњих двадесет година, улагања у материјалну имовину опадају, док улагања у нематеријалну имовину константно расту. Уз то, представљени су прилично детаљни подаци за различите делатности, земље и регионе. На пример, раст улагања у нематеријалну имовину већи је у индустријској производњи него у области пружања услуга, Немачка има релативно већа улагања у нематеријалну имовину од Италије и сл. Ипак, без обзира на посматрану делатност или земљу, на основу свих изнетих података, јасно је уочљив општи тренд раста нематеријалних улагања.

Та улагања, тврде аутори, имају далекосежне последице по привреду која је вековима уназад била заснована на улагањима у материјалну (физичку) имовину. Ипак, пре објашњења најбитнијих последица тог „успона нематеријалне привреде“, аутори указују на најбитније карактеристике улагања у нематеријалну имовину. То су: експанзивност, иреверзибилност, преливање и комплементарност. За разлику од физичких добара, која могу бити коришћена само на једној локацији, нематеријална добра може користити више индивидуалних корисника, на више различитих места, истовремено. Очигледан пример је рачунарски софтвер. Након што је иницијално уложено у његово стварање, софтвер може бити коришћен у различитим деловима света и од великог броја корисника. Ипак, уколико се након инвестирања испостави да софтвер није функционалан, изузетно је тешко повратити уложена средства. У питању су иреверзибилни (неповратни) трошкови – иреверзибилност инвестирања у нематеријалну имовину је више изражена него у случају материјалне имовине. Уз то, идеју до које је дошао један програмер други могу лако да преузму, због чега је и такозвано преливање (енг. „*spillover*“)

веће код нематеријалне имовине.[1] На крају, аутори истичу да је нематеријалну имовину лакше комбиновати него материјалну, то јест да је у великој мери изражена њена комплементарност, због чега, између осталог, инвестиције у нематеријалну имовину могу бити знатно исплативије него што се то чини на први поглед.

Економске последице раста улагања у нематеријалну имовину детаљније се разматрају у другом делу књиге, у којем је пажња аутора усмерена на пет кључних питања: 1) секуларна стагнација, 2) економска неједнакост, 3) инфраструктура, 4) финансијски систем и 5) државне политике.

Загонетна стагнација привредног раста и смањење штедње које условљава смањену стопу инвестиција бележе се у великом броју земаља.[2] Занимљиво је да до данас нико није успео у потпуности да објасни узроке те појаве, али то ауторе није спречило да предложе „делимичан одговор“. Наиме, експанзивност нематеријалних улагања чини да предузећа веома брзо напредују, а како вредност нематеријалне имовине (углавном) није мерљива, због чега не улази у укупну вредност имовине, то јест ангажованог капитала, измерена факторска продуктивност изгледа изразито велика. Уз то, тврде аутори, када се смање улагања у нематеријалну имовину, као што се десило током последње економске кризе, продуктивност се нагло смањује јер је мањи и ефекат преливања. Све то делује далеко од свеобухватног објашњења секуларне стагнације, али мора се признати да веза између нематеријалних улагања и привредног раста заслужује детаљнију анализу у будућности.

Следеће важно питање које аутори разматрају из перспективе нематеријалне привреде јесте економска неједнакост. Основна хипотеза је да привредни развој који се заснива на нематеријалним добрима подразумева ангажовање великог броја људи и тако доприноси концентрацији становништва у великим градовима. То даље има за последицу, тврде аутори, увећање цене некретнина и економске неједнакости. Као потпору изнете хипотезе, аутори износе и статистичке податке о расту цене некретнина у појединим америчким градовима у последњих двадесет година. Ипак, те налазе о економској неједнакости требало би узети са великом резервом јер су у потпу-

[1] Аутори не помињу чињеницу да ауторска дела, проналасци и други предмети заштите права интелектуалне својине не могу бити коришћени у привредне сврхе без сагласности титулара права. У том смислу, рачунарски програми се у већини земаља у свету штите као ауторска дела, док се у појединим замљама, као што су САД и Јапан, штите као проналазак.

[2] Термин „секуларна стагнација“ први пут је употребио професор на Харварду Алвин Хансен (енг. *Alvin H. Hansen*) током Велике депресије у Америци. Вид. Daniel Aronoff, *The Financial Crisis Reconsidered: The Mercantilist Origin of Secular Stagnation and Boom − Bust Cycles*, Palgrave Macmillan, New York 2016, 131−165.

ности занемарени (многи) други узроци миграција становништва и последице једне од карактеристика улагања у нематеријална добра – експанзивности. Наиме, као што нематеријална имовина може бити коришћена у различитим деловима света, исто тако може и настајати свуда где постоје одговарајући услови. Најчешће се ти услови своде на приступ рачунару, због чега се велики број људи одлучује да ради и ствара (нематеријалну имовину) у комфорном окружењу, далеко од градске вреве – управо супротно ономе што тврде аутори.

У прилог изнетој критици иде и тврдња аутора у вези са инфраструктуром у нематеријалној привреди. Наиме, због свих карактеристика нематеријалних улагања мења се поглед на класичну инфраструктуру која, према тврдњама аутора, више не представља велику препреку за привредни раст. У том смислу, аутори наводе да улагања у нематеријалну имовину елиминишу велике раздаљине између људи, због чега релевантна инфраструктура постају „правни стандарди, оквири и норме“, који се односе на употребу и заштиту нематеријалне имовине. Ипак, ауторима се може упутити велика, можда и највећа замерка што не анализирају правне норме. Да су то учинили, могли би да уоче да постоје различите категорије нематеријалних добара, које имају различите карактеристике, а самим тим и битно различите економске последице.[3] Када би аутори детаљније објаснили карактеристике нематеријалних добара, били би, сасвим извесно, у стању да боље сагледају економске последице улагања у нематеријалну имовину, као и релевантну инфраструктуру.

Анализирајући финансијски систем кроз призму нематеријалне привреде, аутори закључују да постојеће финансијске институције нису довољно прилагођене новонасталим околностима. Уопштено предлажу да треба омогућити зајмове малим и средњим предузећима која инвестирају у нематеријалну имовину, да се уведу веће пореске олакшице за та предузећа и да се измене рачуноводствена правила, тако да нематеријална имовина не буде потцењена. Међутим, недостају конкретни предлози на који начин би те идеје требало спровести у дело, а када су у питању вредновање нематеријалне имовине и измена рачуноводствених правила, занимљиво је да није размотрена могућност да приликом предложене измене та имовина буде прецењена. Самим тим, нису размотрене ни економске последице које би евентуално могле да настану у случају да вредност нематеријалне имовине буде прецењена.

На крају, у светлу уочених проблема, аутори разматрају како би требало дефинисати државне политике које се односе на немате-

[3] Са економског и са правног становишта, релевантна је подела нематеријалних добара која се штите правом интелектуалне својине на творевине, псеудотворевине и ознаке. Вид. Слободан Марковић, *Интелектуална својина и информационо друштво*, ЈП Службени гласник, Београд 2014, 50–56.

ријалну имовину. Јасно је истакнута потреба за „добрим" правним оквиром, пре свега за даљим развојем права интелектуалне својине. Међутим, аутори не покушавају да размотре шта би и како би требало побољшати већ само констатују да је тешко установити шта то значи „добар" правни оквир. Једино је издвојена потреба за јаснијим дефинисањем и разграничењем овлашћења која имају титулари права интелектуалне својине, како би били створени бољи подстицаји за улагања у истраживање и развој. При томе, аутори излажу на апстрактном нивоу тако да уопште не помињу различите гране права у оквиру права интелектуалне својине нити прецизирају на коју категорију нематеријалне имовине и на која то овлашћења конкретно мисле. Када је у питању финансијски систем, аутори су мало конкретнији и наводе како би држава требало да омогући лакше задуживање малих и средњих предузећа и тако подстакне даља улагања у нематеријална добра. Међутим, *modus operandi* је изостао, а потенцијалне негативне последице предложених мера потпуно су занемарене. Слично је и са другим мерама чије увођење се препоручује.

Summa summarum, аутори својом књигом скрећу пажњу на битне промене у савременој привреди, износе емпиријске податке који недвосмислено указују на чињеницу да улагања у нематеријалну имовину константно расту и постављају занимљива питања. Међутим, читаоци који очекују детаљну анализу последица улагања у нематеријалну имовину остаће разочарани. Делује да је основни проблем то што у књизи нема детаљније анализе нематеријалне имовине и норми које уређују њену заштиту и употребу. Самим тим, и анализа економских последица улагања у ту имовину тешко да може бити боља – *Ex nihilo nihil fit.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на *http://ojs.ius.bg.ac.rs/*.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт *Times New Roman* 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Анали Правног факултета излазе квартално – три домаћа издања и једно међународно (број 4) и то крајем марта, јуна, септембра и децембра. Рокови за пријаву радова су 31. јануар за први број, 30. април за други број, 31. јул за трећи број и 31. октобар за четврти (међународни) број.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у за–гради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e. asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику – Drugo izdanje na drugom medijumu: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514